

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

129



REVISTA DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ISSN: 0120-3886
ISSN: 2390-0016 (En línea)

© Universidad Pontificia Bolivariana

Vigilada Mineducación

© Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Vol. 48 No. 129, julio - diciembre de 2018

ISSN: 0120-3886

ISSN: 2390-0016 (En línea)

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín

Monseñor Ricardo Tobón Restrepo

Rector General

Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico

Dr. Álvaro Gómez Fernández

Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Editor

Juan Carlos Rodas Montoya

Coordinación de Producción

Ana Milena Gómez Correa

Coordinadora de Visibilidad académica e impacto científico

Maricela Gómez Vargas

Diagramación

María Isabel Arango Franco

Corrector de Estilo

Sebastián Álvarez Posada

Traducciones

Diana Carolina Orozco Herrera

Sebastián Álvarez Posada

Radicado

1778-31-10-18

Dirección Editorial

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2018

E-mail: editorial@upb.edu.co

Telefax: (57) (4) 3544565.

A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Órgano de divulgación de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

129

REVISTA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
(Fundada en 1950)

ISSN: 0120-3886

ISSN: 2390-0016 (En línea)

Vol. 48, No. 129 julio - diciembre de 2018

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

Decano de Escuela:

Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Vol. 48 No. 129. pp. 217-528, Medellín, Colombia.

julio – diciembre 2018

Resolución No. 0271 de febrero de 1985

Tarifa postal reducida número 331 de la Administración Postal Nacional.

La responsabilidad de los artículos publicados compete a los autores de los mismos.

Se autoriza la reproducción total o parcial del material de la Revista mencionando la fuente.

Publicación oficial de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Su objetivo es la publicación de importantes resultados de investigaciones de la comunidad académica nacional e internacional en los diferentes campos y áreas de dichas disciplinas.

DIRECTOR

Mg. Luis Eduardo Vieco Maya

GESTOR EDITORIAL

Bib. Paola Andrea Sierra Flórez

COMITÉ EDITORIAL/CIENTÍFICO

Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez, Universidad Pompeu Fabra, España
Prof. Dr. Dr. Andrés Botero Bernal, Universidad Industrial de Santander, Colombia
Prof. Dra. Violeta Moreno-Lax, Queen Mary University of London, Reino Unido
Prof. Dr. Diego Eduardo López Medina, Universidad de los Andes, Colombia
Prof. Dr. Lucas Abreu Barroso, Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Prof. Dra. Laura García-Juan, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia
Prof. Dra. Nuria Beloso Martín, Universidad de Burgos, España, España
Prof. Dr. Carlos María Cárcova, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Prof. Dr. Diego Acosta Arcarazo, Universidad de Bristol, Reino Unido
Prof. Dr. Juan Antonio García Amado, Universidad de León, España

ASESORES EXTERNOS

Ph.D. Porfirio de Jesús Cardona Restrepo, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia
Ph.D. Dolly Natalia Caicedo Camacho, Universidad de Barcelona, España
Dr. Fernando Betancourt Serna, Universidad de Sevilla, España
Dr. Álvaro Sánchez Bravo, Universidad de Sevilla, España
Dr. José de los Santos Martín Ostos, Universidad de Sevilla, España
Dr. Borja Mapelli Caffarena, Universidad de Sevilla, España
Dr. Jesús Rodríguez Zepeda, Universidad Autónoma Metropolitana, México
Dr. David Moya Malapeira, Universidad de Barcelona, España
Dr. Diego Germán Mejía Lemos, Universidad de Singapur, Singapur
Dr. Miguel Olmedo Cardenete, Universidad de Granada, España
Mg. Raul Humberto Ochoa Carvajal, Universidad de Antioquia, Colombia

REVISIÓN DE TRADUCCIONES

(Abstracts – Resumos - Résumés)

Traducciones al portugués: Diana Carolina Orozco Herrera

Traducciones al francés: Sebastián Álvarez Posada



CORRESPONDENCIA

Circular 1^a No. 70-01, Bloque 12

Apartado Aéreo 56006 Medellín – Colombia

Tel. (57) (4) 354 4534

www.upb.edu.co

Correo electrónico: revista.derecho@upb.edu.co

SOLICITAMOS CANJE

Nous demandons l'exchange

Pede se permuta

We request exchange

Wir bitten um Austausch von Publikationem

Correo electrónico: rosmira.marin@upb.edu.co

La revista pone a disposición de los lectores el material publicado en los siguientes sitios web:

- Portal de revistas UPB (<http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho>)
 - Lex Base (www.lexbase.com)
 - DIALNET (<http://dialnet.unirioja.es>)
 - REDALYC (www.redalyc.org)
 - SCIELO COLOMBIA (www.scielo.org.co)

INCLUIDA EN

- Índice Nacional de Publicaciones Seriadas Científicas y Tecnológicas Colombianas. Publindex. Colciencias, Colombia.
- Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Latindex.
- Scientific Electronic Library Online, Scielo, Colombia.
- Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades. Clase-UNAM, México.
- Portal de difusión de la producción científica hispana. Dialnet-Universidad de la Rioja, España.
- Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. REDALYC.
- EBSCO. Fuente Académica Premier.
- Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico. REDIB
- ProQuest Political Science
- Index Copernicus International
- Ulrich's
- Matriz de información para el análisis de revistas. MIAR
- Informe Académico (Gale)

El modelo de contrato de licencia de uso (2011) que actualmente poseen los editores de las revistas UPB sobre los artículos, permite que se otorgue la siguiente licencia creative commons: Atribución – Sin Derivar – No comercial: El material creado por usted puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos.

No se puede obtener ningún beneficio comercial. No se pueden realizar obras derivadas



Contenido

Contents Conteudo Contenu

La emoción política del miedo y el narcotráfico: una mirada a la institucionalidad del Estado colombiano desde las columnas de Guillermo Cano	229
• The political emotion of fear and drug trafficking: a look at the institutionality of the Colombian State from the columns of Guillermo Cano	
• Lémotion politique de la peur et du trafic de drogue: un regard sur l'institutionnalité de l'État colombien à partir des colonnes de Guillermo Cano	
• A emoção política do medo e do narcotráfico: um olhar sobre a institucionalidade do Estado colombiano a partir das colunas de Guillermo Cano	

Sebastián Álvarez Posada

orcid: 0000-0002-9779-4008

Audrey Eliana Úsuga Valderrama

orcid: 0000-0003-1985-4324

Mariana Duque Díez

orcid: 0000-0003-2783-0373

Traslado de pruebas ante la Corte Interamericana, a la luz del caso del Palacio de Justicia.....	253
• The reuse of evidence before the Inter-American Court of Human Rights, in light of the Palace of Justice case	

- Transfert de preuves á La Cour interaméricaine, dans le cas du Palais de Justice
- Translado de provas ante Corte-a Interamericana, à luz do caso do Palácio de Justiça

Álvaro Paúl
FALTA orcid.org/

Estudio jurisprudencial constitucional sobre la libertad de expresión y prensa en Colombia: medios de comunicación, censura y autocensura 281

- Constitutional jurisprudential study on freedom of expression and press in Colombia: media, censorship and self-censorship
- Étude jurisprudentiel constitutionnel sur la liberté d'expression et presse en Colombie: moyens de communication, censure et autocensure
- Estudo jurisprudencial constitucional sobre a liberdade de expressão e imprensa em Colômbia: meios de comunicação, censura e autocensura

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez
FALTA orcid.org/
José Fredy Aristizábal
FALTA orcid.org/

El Derecho Internacional Humanitario en las sentencias de la Corte Interamericana: Un análisis de los casos colombianos 307

- International Humanitarian Law in the judgments of the Inter-American Court: An analysis of Colombian cases
- Le droit international humanitaire dans les jugements de la Cour interaméricaine: une analyse des cas colombiens
- O Direito Internacional Humanitário nas sentenças do Corte Interamericana: uma análise dos casos colombianos

Clara María Mira González
FALTA orcid.org/
Juan Pablo Arenas Agudelo
FALTA orcid.org/

La transferencia tecnológica en el entorno empresarial cubano..... 323

- The technological transference at the cuban entrepreneurial surroundings
- Le transfert technologique dans le milieu des affaires cubain
- A transferência tecnológica no meio empresarial cubano

Jorge Rondón Valdés

FALTA orcid.org/

Alcides Antúnez Sánchez

FALTA orcid.org/

**El paternalismo jurídico y su justificación ética
en el pensamiento de Ernesto Garzón Valdés..... 345**

- Legal paternalism and its ethical justification in Ernesto Garzón Valdés philosophy
- Le paternalisme juridique et sa justification éthique d'après la pensée d'Ernesto Garzón Valdés
- O paternalismo jurídico e sua justificação ética no pensamento de Ernesto Garzón Valdés

Helga María Lell

orcid.org/0000-0001-7703-6341

**Las transferencias monetarias condicionadas como receta
latinoamericana de inclusión social y cumplimiento de los derechos
humanos: problemáticas y desafíos 365**

- Cash transfers conditioned as latin american recipe of social inclusion and human rights: issues and challenges
- Les transferts monétaires conditionnés en tant que recette latino-américaine pour l'inclusion sociale et le respect des droits de l'homme: problèmes et défis
- As transferências monetárias condicionadas como receita latinoamericana de inclusão social e cumprimento dos direitos humanos: problemáticas e desafios

Luciano Rezzoagli

FALTA orcid.org/

La responsabilidad subjetiva u objetiva en el procedimiento administrativo sancionador en la legislación peruana.....397

- Subjective or objective responsibility in the administrative penalty procedure in peruvian legislation
- La responsabilité subjective ou objective dans la procédure administrative de sanction au niveau de la législation péruvienne
- Responsabilidade subjetiva ou objetiva no procedimento de penalidade administrativa na legislação peruana

Erik Francesc Obiol Anaya
orcid: 0000-0002-3513-5592. zip code: ch01

La proporcionalidad como método interpretativo de la justicia transicional413

- Proportionality as an interpretative method of transitional justice
- La proportionnalité comme méthode interprétative de la justice transitionnelle
- A proporcionalidade como método interpretativo da justiça transicional

Marvin Octavio Ortiz Agudelo
FALTA orcid.org/

Da representação democrática e sua legitimidade diante das manifestações populares de 2013 no Brasil.....455

- De la representación democrática y su legitimidad ante las manifestaciones populares de 2013 en Brasil
- The democratic representation and its legitimacy before the popular manifestations of 2013 in Brazil
- De la représentation démocratique et de sa légitimité en face de las manifestaciones populares de 2013 en Brésil

Kamilla Rafaely Rocha De SenaRocco
FALTA orcid.org/
Antonio Rangel Rosso Nelson
FALTA orcid.org/

Artículos

Papers
Artigos
Articles

La emoción política del miedo y el narcotráfico: una mirada a la institucionalidad del Estado colombiano desde las columnas de Guillermo Cano¹

The political emotion of fear and drug trafficking:
a look at the institutionality of the Colombian State
from the columns of Guillermo Cano

L'émotion politique de la peur et du trafic de drogue:
un regard sur l'institutionnalité de l'État colombien
à partir des colonnes de Guillermo Cano

A emoção política do medo e do narcotráfico:
um olhar sobre a institucionalidade do Estado
colombiano a partir das colunas de Guillermo Cano

Sebastián Álvarez Posada* - orcid: 0000-0002-9779-4008
Audrey Eliana Úsuga Valderrama** - orcid: 0000-0003-1985-4324
Mariana Duque Díez*** - orcid: 0000-0003-2783-0373

1 Esta investigación es producto de la monografía *El miedo y la institucionalidad colombiana en la libreta de apuntes de Guillermo Cano (1984-1986)* de la Maestría en Estudios Políticos de la Universidad Pontificia Bolivariana.

- * Doctorando en *Langues, lettres et traductologie* de la Universidad de Liège. Magíster en Estudios Políticos de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente e investigador adscrito al Grupo de Investigación en Estudios Políticos de la misma universidad. Correo electrónico: sebastian.alvarezpo@upb.edu.co / Dirección postal: Circular 1 No. 70-01, Bl. 12-113. Medellín - Colombia.
- * Comunicadora Social de la Universidad Cooperativa de Colombia. Correo electrónico: eliusuga@hotmail.com/ orcid: 0000-0003-1985-4324. Dirección postal: Circular 1 No. 70-01, Bl. 12-113. Medellín - Colombia.
- * Estudiante de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: marianaduqued@upb.edu.co / .Dirección postal: Circular 1 No. 70-01, Bl. 12-113. Medellín - Colombia.

FALTA Cómo citar este artículo:

Recibido: 4 de noviembre de 2016.

Aprobado: 23 de mayo de 2017.

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo analizar, desde la *Libreta de apuntes* de Guillermo Cano en el periodo 1980-1986, cómo el miedo influyó en la crisis de la institucionalidad colombiana en la década de 1980 ante el fenómeno de la violencia de los carteles del narcotráfico. Dicho propósito se alcanzará a través de cuatro momentos: en el primero se analizarán los conceptos de institucionalidad, legitimidad y narcotráfico; en el segundo se definirá cómo el miedo afectó la institucionalidad del Estado colombiano; en el tercero se describirá la importancia del cultivo de las emociones ante un escenario donde imperó la emoción política del miedo y, cuatro, se interpretarán algunas columnas de Guillermo Cano como un ejercicio de imaginación narrativa frente al miedo. Finalmente, este trabajo concluirá que los escritos de Guillermo Cano constituyeron un ejercicio de imaginación narrativa en la medida en que pudieron convocar un sentimiento de rechazo nacional por la desinstitucionalización que vivía el Estado, logrando descentrar a los colombianos de sus intereses particulares para participar en una construcción ciudadana en la que los intereses de la nación atravesaran a todo el conjunto de la sociedad.

Palabras clave

Guillermo Cano, emociones políticas, miedo, narcotráfico, institucionalidad.

Abstract

The objective of this paper is to analyze, from Guillermo Cano's Notebook in the period 1980-1986, how fear influenced the crisis of Colombian institutionality in the 1980s in the face of the phenomenon of violence by drug cartels. . This purpose will be reached through four moments: in the first, the concepts of institutionality, legitimacy and drug trafficking will be analyzed; in the second one, it will be defined how fear affected the institutionality of the Colombian State; In the third one, the importance of the cultivation of emotions in a scenario where the political emotion of fear prevailed will be described, and four, Guillermo Cano columns will be interpreted as an exercise of narrative imagination against fear. Finally, this work will conclude that the writings of Guillermo Cano constituted an exercise of narrative imagination insofar as they could summon a feeling of national rejection for the deinstitutionalization that the State was living, managing to decentralize Colombians from their particular interests to participate in a citizen construction in which the interests of the nation cross the whole society.

Key words

Guillermo Cano, political emotions, fear, drug trafficking, institutionality.

Résumé

L'objectif de cet article est d'analyser, à partir du carnet de Guillermo Cano de 1980-1986, l'influence de la peur sur la crise de l'institutionnalité colombienne dans les années 80 face au phénomène de la violence par les cartels de la drogue. . Cet objectif sera atteint à travers quatre moments: dans un premier temps, les concepts d'institutionnalité, de légitimité et de trafic de drogue seront analysés; dans le second, on définira comment la peur a affecté l'institutionnalité de l'État colombien; Dans la troisième partie, nous décrirons l'importance de la culture des émotions dans un scénario où l'émotion politique de la peur l'a emporté sur la peur, et quatre colonnes de Guillermo Cano seront interprétées comme un exercice d'imagination narrative contre la peur. Enfin, cet ouvrage conclura que les écrits de Guillermo Cano constituaient un exercice d'imagination narrative dans la mesure où ils pouvaient susciter un sentiment de rejet national face à la désinstitutionnalisation que vivait l'État, en réussissant à décentraliser les Colombiens de leurs intérêts construction citoyenne dans laquelle les intérêts de la nation traversent toute la société.

Mots clés

Guillermo Cano, émotions politiques, peur, trafic de drogue, institutionnalité.

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar, a partir do Caderno de Guillermo Cano, no período 1980-1986, como o medo influenciou a crise da institucionalidade colombiana na década de 1980 em face do fenômeno da violência dos cartéis de drogas. . Esse propósito será alcançado em quatro momentos: no primeiro, serão analisados os conceitos de institucionalidade, legitimidade e tráfico de drogas; no segundo, será definido como o medo afetou a institucionalidade do Estado colombiano; na terceira a crescente importância das emoções em um cenário onde a política prevaleceu emoção do medo serão descritos e, quatro, algumas colunas de Guillermo Cano ser interpretado como um exercício de imaginação narrativa do medo. Finalmente, este artigo concluir que os escritos de Guillermo Cano constituiu um exercício de imaginação narrativa na medida em que poderia convocar uma sensação de desinstitucionalização rejeição nacional vivendo estado, alcançando colombianos descentrar de seus interesses particulares para participar de um construção cidadã em que os interesses da nação atravessam toda a sociedade.

Palavras-chave

Guillermo Cano, emoções políticas, medo, tráfico de drogas, institucionalidade.

Introducción

En la década de los años 80 el Estado colombiano vivió una de las más agudas crisis de institucionalidad en su historia. El fenómeno del narcotráfico, fortalecido por las estructuras criminales de los carteles de la droga, permeó las instituciones del Estado y suplantó algunas de sus funciones en los sectores más vulnerables de la población. Diferentes actores sociales, tales como las Fuerzas Armadas, la Fiscalía, el Congreso, el sector privado, entre otros, sucumbieron ante los intereses de los carteles. La corrupción del narcotráfico llegó a todas las esferas, y quienes no cedieron a sus intereses fueron asesinados.

Uno de los hitos que marcaron la crisis institucional del Estado colombiano ocurrió en el año 1984, cuando el Cartel de Medellín asesinó al Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla. A partir de este suceso, el gobierno de Belisario Betancur aprobó la Ley de Extradición, dando inicio a una fuerte confrontación entre los carteles de la droga y el Estado.

En medio de este escenario el periodista Guillermo Cano Isaza, reportero y director del periódico *El Espectador*, publicaba una columna dominical llamada *Libreta de apuntes*, en la que describió una Colombia con infinidad de falencias políticas, culturales, sociales y éticas. Allí denunció cómo el dinero del narcotráfico estaba ocasionando un daño en las estructuras políticas del país, pues muchas instituciones del Estado estaban vinculadas con este negocio ilícito.

Estas denuncias desataron una oleada de violencia contra el medio de comunicación, traducida en amenazas y atentados que se materializaron en el asesinato de dos gerentes y un jefe de transportes del periódico, y en el cierre de la oficina. Guillermo Cano se vio forzado a trabajar desde la clandestinidad hasta el 17 de diciembre de 1986, día en el que fue asesinado.

La labor periodística de Guillermo Cano reflejó la distorsión del *ethos* político de la sociedad colombiana, causada por el miedo que infringió el narcotráfico. Y, al mismo tiempo, contribuyó a forjar un sentimiento de empatía ciudadana que hizo resistencia a la coyuntura social del momento. En este artículo se abordará cómo el miedo, producto del narcotráfico, desfiguró el sentimiento de empatía en la democracia colombiana, un valor imprescindible en la construcción de ciudadanía. El periodo de análisis comprenderá los años transcurridos entre 1984 y 1986, fecha del asesinato de Lara Bonilla y Cano Isaza respectivamente.

El momento histórico que afrontó Colombia en la década de los 80 frente a la amenaza del narcotráfico, se cristalizó en una crisis de la institucionalidad estatal que merece ser estudiada en diferentes niveles para una mayor comprensión del fenómeno. La presente investigación resulta conveniente en la medida en que elabora una reflexión que expone al miedo como una emoción negativa que distorsiona la cooperación social y la construcción de ciudadanía. Desde esta perspectiva el trabajo resalta el papel de la labor periodística de Guillermo Cano, en la medida en que por medio de sus columnas hace una radiografía del miedo para buscar fortalecer los vínculos necesarios para el ejercicio democrático.

De esta manera, a través de la contextualización del miedo en las columnas de Cano en relación con el narcotráfico en la década de los 80, este trabajo será de utilidad para determinar las competencias ciudadanas que se necesitan fortalecer para crear un antídoto social frente al miedo como emoción política negativa. Así será posible pensar una ciudadanía en la que las personas, en el ejercicio de su ciudadanía, puedan desarrollar una capacidad de autoexamen, una comprensión de la necesidad de la interdependencia entre los seres humanos y una imaginación narrativa que les permita ponerse en el lugar del otro.

Así, en este análisis se presenta el concepto de la compasión cívica de corte nussbauniano como una herramienta que permite disipar la emoción política negativa del miedo, y que restablece un compromiso con la democracia que permite a los ciudadanos ser capaces de cooperar en momentos de adversidad. En tal sentido la investigación es trascendente para la reflexión social, pues respalda un tipo de concepción del ejercicio político que reconoce la existencia de ciertos derechos fundamentales asociados a la libertad de expresión y las libertades políticas y sindicales.

En este sentido se espera ofrecer a la comunidad académica, desde el enfoque normativo de la teoría política, un análisis detallado sobre la relación del miedo con la debilidad institucional colombiana en la década de los 80, partiendo de las columnas de Guillermo Cano en su *Libreta de apuntes* y del pensamiento neoaristotélicos de Martha Nussbaum. Se espera brindar elementos que permitan demostrar por qué Colombia necesita reconocer las emociones políticas que definen su *ethos* político en determinado momento histórico, como condición necesaria para el fortalecimiento de los lazos de cooperación que exige el sistema democrático. Así mismo, desde el enfoque del humanismo liberal de Nussbaum, se espera relacionar el ejercicio periodístico de Guillermo Cano con la imaginación narrativa, herramienta que despierta

en la sociedad los sentimientos de empatía que permiten la construcción ciudadana.

Institucionalidad, legitimidad y narcotráfico

Respecto a la institucionalidad, la teoría política ofrece una gran diversidad de autores que pueden arrojar luces sobre este concepto. Entre ellos sobresalen los trabajos de Martin Van Creveld, los cuales se desarrollan bajo la óptica de la historia militar. No obstante, esta investigación entiende la institucionalidad desde Charles Tilly, dado que este autor ofrece una mirada más amplia que comprende, además del componente histórico, las aportaciones de la sociología y las ciencias políticas. Para poder definir qué se entenderá por institucionalidad, es necesario considerar en primera instancia los elementos que componen el modelo estatal:

En la mayoría de los casos el modelo implícito contendrá estos elementos: un gobernante en que se resume la acción decisoria conjunta de los funcionarios más poderosos del Estado; una clase dirigente aliada al gobernante y que controla importantes medios de producción dentro de un territorio bajo jurisdicción del Estado; otros tipos de clientelas que gozan de especiales beneficios merced a su asociación al Estado; adversarios, enemigos, y contrincantes del Estado, de su gobernante, de su clase dirigente y de sus clientelas, tanto dentro como fuera del área de dicho Estado; el resto de la población bajo jurisdicción del Estado; un aparato coercitivo en que figuran ejércitos, marinas y otros medios organizados y concentrados de fuerza que operan bajo el control del Estado; y el aparato civil del Estado, consistente sobre todo en organizaciones diferenciadas fiscales, administrativas y judiciales que actúan bajo su potestad. (Tilly, 1992, p.65)

En el curso de esta investigación, considerando el fenómeno del narcotráfico en Colombia en la década de los 80, la institucionalidad está estrechamente relacionada con el elemento que hace referencia a los adversarios, enemigos y contrincantes del Estado, así como la forma en la que a estos se les hace frente.

Si los Estados “operan ante todo como contenedores y movilizadores de medios de coerción, en especial de fuerza armada” (Tilly, 1992, p.77), bajo esta premisa se puede afirmar que, en lo relacionado con los carteles del narcotráfico, durante los años 80 Colombia vivió una fuerte crisis de institucionalidad. Si

además se tiene en cuenta que “las estructuras del Estado contemporáneo, en sentido restringido, se asemejan entre sí en la medida en que tienen tribunales, legislaturas, burocracias centrales, administraciones locales, ejércitos permanentes, fuerzas policiales especializadas y servicios públicos” (Tilly, 1992, p.285), el detrimento y la corrupción de dichas estructuras en el Estado colombiano en manos del narcotráfico refuerzan aún más la crisis denunciada con anterioridad.

El fenómeno del narcotráfico resulta esclarecedor en el sentido anteriormente expuesto, pues su capacidad de controlar zonas estratégicas así como de garantizar la protección y el cobro de extorsiones hace que, en muchos casos, la legitimidad se sitúe en ellos, mucho más cuando se presenta el agravante de la falta de presencia estatal. Se supondría que por ser actores ilegales, el Estado tendría la obligación de erradicar sus acciones para mantener así el monopolio legítimo, y sin embargo son muchos los casos en los que las dinámicas criminales sobrepasan a la institucionalidad.

Incluso el narcotráfico cuenta también con las dinámicas de la coerción en términos de concentración del poder, la protección y la capacidad de hacer la guerra; y del capital en la extracción y la extorsión. Todo esto permite que quienes estén envueltos en acciones criminales (en este caso el narcotráfico), encuentren las competencias necesarias para hacerle contrapeso al Estado, en la medida en que adquieran poder político al realizar las acciones ya mencionadas. Este poder político se traduce en el establecimiento de normas propias dentro del territorio controlado, la proporción de servicios públicos a la población y al establecimiento de una serie de valores que terminan por regir el comportamiento humano.

La pregunta en este sentido sería entonces, ¿en qué se diferencia el Estado de una banda de ladrones? Básicamente la distinción se sitúa bajo el criterio de la legitimidad, que tal como plantea Weber, pertenece al Estado de manera exclusiva. El Estado es una forma de violencia organizada, y el narcotráfico lo es igualmente; pero la violencia organizada estatal cuenta con el sustento que le proporciona el Estado de derecho, mientras que en el caso del narcotráfico no se puede hablar más allá de crimen organizado que debe ser combatido. La violencia organizada legítima (es decir, la estatal) se manifiesta de cuatro maneras diferentes. En la extracción y obtención de recursos, en la guerra para expandirse o mantener el territorio respecto a agentes internacionales, la construcción del aparato estatal y la protección.

En América Latina la centralización de la violencia organizada es un proceso aún en desarrollo, pues aún no se ha logrado realizar de manera efectiva (Centeno, 2014). Sus implicaciones frente al fenómeno del narcotráfico son variadas. Tal como ya se dijo, el narcotráfico ha pasado de ser una simple organización criminal, a cumplir las funciones de protección y extracción (Duncan, 2013). Además, el control de los territorios se hace más fácil si se considera que en muchos casos el Estado no encuentra conveniente hacer frente a estos actores paraestatales porque no cuenta con la capacidad real de hacer presencia con las lógicas de coerción y capital que le corresponden, y de satisfacer las demandas de la población en cuanto a servicios básicos, así como la garantía de protección de derechos. Es por esto que en muchos casos el Estado y el narcotráfico han actuado de manera paralela, para poder dar respuesta a las obligaciones que en últimas son las que le otorgan la legitimidad única.

Esta es una muestra de que la teoría de la construcción de Estado en Europa planteada por Charles Tilly presenta unas variaciones cuando se aplica en el caso latinoamericano. En Europa se partió de una serie de pueblos que se reconocían a sí mismos como naciones y se sentían diferentes a sus vecinos. Igualmente, ya se habían establecido en un territorio determinado y luchaban por el mantenimiento de esta porción de tierra o la expansión más allá de lo que luego fueron sus fronteras.

En América Latina, la situación fue distinta. Primero se buscó construir Estado, a pesar de que la sociedad no se identificara de manera unitaria, ni sintiera la necesidad de diferenciarse de quienes habitaban los otros Estados en construcción. El territorio no se encontraba (y aún no se encuentra) poblado en su totalidad y en ese orden de ideas, el aparato institucional no controla los límites del Estado ni llega hasta todos los rincones del país. Nuevamente aparecen las implicaciones con respecto al fenómeno del narcotráfico: Allí donde el Estado no se presenta, entran actores como el narcotráfico a establecerse como el único legítimo.

El miedo en la institucionalidad del Estado

De forma clara, los fenómenos expuestos con anterioridad generan miedo en la población civil, porque no se tiene un certeza de quién tiene el control, y las disputas por el poder en este sentido se traducen en falta de garantías de vida y seguridad. El miedo se presenta en los seres humanos cuando se

presiente que puede haber algún tipo de afectación, lo cual ocurre precisamente cuando el vacío del Estado es llenado por un actor ilegal. Es posible que se le reconozca cierto grado de legitimidad a este nuevo actor que suple cierto tipo de necesidades, pero la inseguridad jurídica implica necesariamente que puede existir un eventual problema que ponga en peligro a este grupo de personas.

El miedo aumenta una vez se generan pugnas entre los agentes de poder y el Estado, porque aunque se realicen pactos de organismos paraestatales con la institucionalidad, los intereses no siempre van en la misma dirección. Esto significa que cuando las élites del Estado ven en riesgo su poder respecto a las demandas de los grupos narcotraficantes, inmediatamente se obligan a combatir el fenómeno, de manera que la disputa por el control y el sometimiento del otro de parte del Estado afecta la estabilidad de la población.

Ocurre una situación similar cuando se producen presiones externas (es decir, de agentes internacionales u otros Estados), para que se controle el fenómeno del narcotráfico. Dado que esta dinámica criminal trasciende fronteras, en muchas ocasiones son las exigencias externas las que hacen que el Estado realice acciones para mantener el control y la integridad territorial (Duncan, 2013). Empero, las instituciones difícilmente cuentan con la capacidad administrativa de combatir al crimen organizado, y en medio de estos esfuerzos realizan acciones violentas que al contrario de lo esperado, vulneran la sociedad civil. De nuevo, esto se convierte por una parte en pérdida de legitimidad del Estado como garante de la vida y el bienestar, y por otra parte en miedo y desconfianza que obstaculizan cualquier tipo de proceso de construcción de Estado, como la recaudación fiscal.

El miedo es entonces un reflejo de la falta de legitimidad del Estado a la hora de hacer frente a las amenazas que se presentan en su deber de ser el monopolizador de la fuerza, de la administración de justicia y de tributación. Sumado a esto, el miedo se convierte en un obstáculo para que se pueda realizar un proceso efectivo de construcción de Estado. Las instituciones públicas pasan de ser la autoridad en términos de derechos y seguridades, para ser concebidas como organizaciones temibles que perpetúan situaciones de injusticia, y que no tienen los recursos físicos, administrativos ni logísticos para brindar el bienestar necesario, ni siquiera para garantizar el derecho principal: la vida.

El narcotráfico cumple las funciones básicas de los agentes estatales (en especial la protección), siempre y cuando logre obtener los beneficios esperados de proporcionar estas garantías. Su funcionamiento basado en el

crimen organizado, en realidad no le obliga a responder por las demandas que se presentan, sino que las satisface para que sus intereses económicos y políticos puedan llevarse a cabo con más facilidad. Incluso la trayectoria para la conformación de los grupos de crimen organizado es diferente al proceso de construcción del Estado-moderno descrito por Charles Tilly, en el que con el paso del tiempo, el desarrollo de la institucionalidad adquiere derecho a monopolizar y a exigir la tributación, al tiempo que proporciona garantías, todo esto con miras a fortalecer su legitimidad.

Puede decirse así que el fenómeno del narcotráfico, y en general las dinámicas del crimen organizado, representan una deslegitimación del Estado en dos aspectos. En primer lugar, porque el narcotráfico cumple de manera ilegal las funciones que teóricamente le corresponden al Estado, y está en capacidad de realizar actividades extractivas y de protección en zonas donde el Estado no logra hacer presencia real para monopolizar la coerción y el capital. Por el contrario, en muchas circunstancias el Estado mismo es consciente de la pérdida de autoridad y legitimidad que tiene, pero sus capacidades son limitadas o dentro de sus intereses no está satisfacer las demandas que ya son suplidadas por otros agentes. En segundo lugar, se presenta una deslegitimación del Estado porque su incapacidad para cumplir las funciones que le corresponden genera miedo en la población. Las certezas que deben existir acerca de la protección de la vida y el bienestar general se ponen en tela de juicio cuando no se sabe quién es el verdadero poseedor del poder, y en cambio se generan legitimidades difusas que no se acomodan al criterio de la legitimidad racional-legal que relaciona directamente la legalidad con la legitimidad.

El miedo se hace presente en la cotidianidad cuando las personas se someten a situaciones de riesgo de las que el Estado debería hacerse cargo, pero que finalmente terminan siendo responsables quienes logren controlar los territorios en momentos específicos, rompiéndose así el esquema de legitimidad única propia de un Estado-nación que tiene el poder total sobre los procesos de coerción capitalizada traducidos en protección, construcción de Estado, capacidad de hacer la guerra y de extraer los recursos propios de su funcionamiento.

El miedo y el cultivo de las emociones

Dentro de los estudios políticos, la pregunta por las emociones corresponde a una línea de pensamiento neoaristotélico, en la medida en que Aristóteles

en trabajos como *De ánima y Retórica* propone una caracterización de las emociones públicas que afectan la vida en sociedad. Nussbaum retoma el legado aristotélico y propone el cultivo de las emociones que tienen una implicación política, y que suponen un elemento fundamental para las relaciones entre los ciudadanos.

Aquello que se ha llamado empatía o compasión cívica, desde una perspectiva política normativa debe ser implementado en las democracias contemporáneas para lograr sociedades más fraternas. Nussbaum (2014) señala que el cultivo de las emociones es un imperativo político, porque dicha compasión es amenazada por cuatro emociones negativas: la repugnancia, el miedo, la vergüenza y la envidia.

Para poder comprender el cultivo de las emociones, es necesario señalar que las emociones no son instintos irracionales, sino que corresponden a procesos de construcción histórica, social y lingüística. Nussbaum (citada por Vargas, 2017), indica que las emociones son el resultado de expresiones inteligentes y diferenciadoras de la personalidad, que pueden llegar a ser modificadas a través de procesos cognitivos.

Vargas (2017) menciona que las emociones están presentes en el ejercicio político de todas las sociedades, pero por lo general se hace alusión a ellas como una medio de manipulación de las actitudes de los ciudadanos en los sistemas totalitarios o en los gobiernos populistas. Una ciudadanía que sea capaz de comprender la naturaleza de sus emociones, será una sociedad menos manipulable y más capaz de reflexionar sobre sus procesos políticos. En palabras de Nussbaum:

Toda sociedad necesita reflexionar sobre la estabilidad de su cultura política a lo largo del tiempo y sobre la seguridad de los valores más apreciados por ella en épocas de tensión. Todas las sociedades, pues, tienen que pensar en sentimientos como la compasión ante la pérdida, la indignación ante la injusticia, o la limitación de la envidia y el asco en aras de una simpatía inclusiva. (Nussbaum, 2014, p. 15)

A través del cultivo de las emociones Nussbaum plantea el reto de hacer uso de las emociones en lo público, con el propósito de lograr una vida digna, dado que las emociones posibilitan la consolidación de relaciones fraternas. El cultivo de las emociones, en tal sentido, permite potenciar la empatía como emoción pública capaz de fortalecer los vínculos entre los ciudadanos, que

procuran una estabilidad de largo término en las sociedades liberales donde se tiende a la justicia social (Vargas, 2017).

La empatía como antídoto contra el miedo

Con anterioridad se había enunciado las cuatro emociones negativas que a juicio de Nussbaum (2014) amenazan la compasión cívica: el miedo, la envidia, la vergüenza y la repugnancia. Respecto al miedo, que es la emoción objeto de estudio de esta investigación, Nussbaum sostiene que es un mecanismo valioso y esencial para garantizar la supervivencia del hombre en cuanto especie, en la medida en que protege frente a los peligros de la vida.

No obstante, el miedo es un arma de doble filo. Nussbaum (2014) explica que el miedo puede llegar a ser en sí mismo un gran peligro, porque lleva al hombre a centrarse intensamente en sí mismo, de tal forma que olvida la preocupación por los demás. Es en este punto donde el miedo distorsiona la vida política.

En el contexto de este artículo, el miedo que produjo el fenómeno del narcotráfico en la década de los 80, influyó de forma contundente en las dinámicas sociales y en los procesos de hostilidad que vivió la sociedad colombiana en manos del poder de los carteles de la droga.

Dicho miedo llegó al punto de tener un papel de influencia en la deliberación política, en asuntos tan críticos como la corrupción de los funcionarios del Estado o los debates y las amenazas que giraron en torno a los procesos de extradición. En tales escenarios, el miedo fue un instrumento de manipulación de la ciudadanía que llevó incluso a la desestabilización de la institucionalidad estatal. Y más allá de esto, el miedo impidió la confraternización de los ciudadanos para enfrentar las amenazas que supuso la violencia del narcotráfico en la sociedad.

Nussbaum (2014) hace del miedo y el amor dos caras de la misma moneda. Esa emoción del amor se materializa, para efectos de este trabajo, en los procesos de empatía que permiten la formación de vínculos sociales fraternos. El amor, que en la tradición judeocristiana invita a amar al otro como a sí mismo, es justamente lo que se pretende hacer con el cultivo de las emociones: descentrar al hombre de sí mismo para hacerlo partícipe en los procesos vitales de los otros, para sentir compasión por su dolor y alegría por sus logros.

El miedo y la imaginación narrativa desde Guillermo Cano

Si bien hay claridad conceptual para sostener que la empatía es la base para estructurar vínculos ciudadanos fraternos, aún queda responder cómo se puede materializar de forma efectiva. En otras palabras ¿cómo hacer posible que la empatía logre visualizar el alma del otro? La respuesta es la imaginación narrativa.

La imaginación es un instrumento poderoso que permite transcender diferentes categorías sociales, tales como sexo, género, etnia, clase social, entre otras. Para lograr ese ejercicio de imaginación se recurre a la experiencia estética, llegando así a la conceptualización de la imaginación narrativa, que en la obra de Nussbaum se identifica en dos momentos:

En el primero, la imaginación narrativa se vincula con la literatura, mientras en el segundo se extiende a las artes en general. Ese primer momento es propuesto en el texto *El cultivo de la humanidad*, en el que la lectura de novelas, y la literatura en general, representan un instrumento esencial para desarrollar el sentimiento de empatía.

El segundo momento, identificado en *Sin fines de lucro*. Por qué la democracia necesita de las humanidades, Nussbaum amplía el espectro de la imaginación narrativa a las artes en general. Nussbaum (2013), referencia las estrategias pedagógicas de Rabindranath Tagore en la universidad Visva-Bhaati y plantea integrar al teatro y la danza, por ejemplo, como parte central de todo currículo formativo, pues, con Tagore, considera que la rigidez corporal y la prevención a la vergüenza, son dos factores que impiden a los seres humanos acercarse al conocimiento.

(Álvarez, 2016, p.176)

El papel de la narrativa ha sido crucial en diferentes momentos de la historia. En la Revolución Francesa de 1789 por ejemplo, los académicos han podido identificar una relación directamente proporcional entre la lectura de novelas y las demandas de la ciudadanía en la revolución. En lo que respecta a la obra periodística de Guillermo Cano en la sociedad colombiana de los 80, sus columnas narraban la ansiedad y el miedo que experimentaba el país. Sus escritos constituyeron un ejercicio de imaginación narrativa en la medida en que pudo convocar un sentimiento de rechazo nacional por

la desinstitucionalización en la que se desbocaba el Estado. También sus columnas lograron descentrar a los colombianos de sus intereses particulares, para participar en una construcción ciudadana en la que los intereses de la nación tocaban a todo el conjunto de la sociedad.

Las columnas de Guillermo Cano: el miedo en Colombia

Guillermo Cano, a través de sus creaciones periodísticas, permitió visualizar las realidades de un país que vivió el miedo en su propia vida política debido a la incapacidad del Estado de sobreponerse a las problemáticas que trajo el auge del narcotráfico. Por esto, una lectura política de sus escritos facilita el reconocimiento de la violencia que se presentó en la época estudiada. En el siguiente apartado se pretende realizar una lectura del miedo que se vivía a lo largo del territorio nacional a partir de los relatos de Cano, que tratan temas desde lo más cotidiano, hasta los problemas más coyunturales de la política nacional. El miedo, entendido por Aristóteles como una turbación que surge al considerar la posibilidad de que ocurra inminente un mal con capacidad de destrucción, puede entenderse como una emoción política que obstaculiza los procesos de construcción de Estado. Sin embargo, la comprensión del miedo, de la misma manera que otras emociones, puede ser una herramienta de compasión que conduzca al reconocimiento de las vivencias de la nación colombiana.

En este sentido, el trabajo de revisión y análisis de las columnas señaladas de la *Libreta de Apuntes* no debe ser concebido como un ejercicio de análisis del discurso, sino más bien como una propuesta desde la imaginación narrativa, esta última entendida como un acercamiento a otras realidades a través de las humanidades y las artes, lo cual posibilita la empatía. A su vez, la empatía puede definirse como la capacidad de ponerse en el lugar del otro para “comprender las emociones, sueños, anhelos e, incluso, los temores de otras personas” (Nussbaum en Álvarez, 2016, p. 176).

La empatía es un elemento clave en la consolidación de ciudadanías democráticas porque involucra a la sociedad en procesos en los cuales suelen tomar un rol de indiferencia. La sensibilidad frente a las emociones de alegría, tristeza, molestia o temor es una condición fundamental si se pretende consolidar una democracia donde se reconozca al otro como un igual.

Es por esto que si se pretende entrelazar los conceptos de miedo, narcotráfico e institucionalidad para presentar un panorama del contexto nacional en la década de los años ochenta, puede resultar pertinente realizar una observación de la radiografía nacional por medio de los textos de opinión que describen, analizar y argumentan toda clase de sucesos que configuraron lo que ha sido y es hoy el tejido social y la manera de entender el mundo de los colombianos. Cabe destacar que las columnas trabajadas no responden a la totalidad de textos de opinión escritos por el autor elegido, sino que más bien se ha realizado una selección de algunos escritos que permitan visualizar de manera clara el miedo que se vivió en Colombia.

Un acercamiento a las experiencias vividas bajo el panorama del narcotráfico por medio de esta selección de columnas de Guillermo Cano delimitadas en la década de los ochenta, puede contribuir a que la sociedad colombiana actual esté cada vez más dispuesta a cooperar en términos de consolidación de la institucionalidad, con miras a garantizar que el Estado colombiano no sufra las mismas crisis debilidad e incapacidad institucional que ocurrieron durante dichos años.

Las columnas de Guillermo Cano

Después de hacer un escrutinio entre las columnas publicadas en la *Libreta de apuntes* en la década de los años 80, en este apartado se presentan un análisis de aquellos textos que entrelazan las categorías epistemológicas definidas en la presente investigación: miedo, narcotráfico e institucionalidad. En todas ellas pueden identificarse la estrecha relación existente entre la emoción política del miedo y la deslegitimación del Estado colombiano.

Palabras... palabras...

30 de marzo de 1980 (Cano, 2012, pp. 499-501).

Esta columna de Guillermo Cano refleja el temor de los seres humanos frente a una nueva amenaza a su vida y su seguridad, que ha sido denominada como terrorismo. En ella, se resalta el temor mundial generado a partir de esta nueva dinámica criminal, que se ha expandido una vez acabada la Segunda Guerra Mundial, y sin embargo, el autor hace especial énfasis en la población colombiana. Lo anterior significa la visualización de un peligro que los colombianos perciben

como cercano, por lo que no pueden ser indiferentes a una realidad que los alcanza. Esta es una característica de la sensación de miedo, pues es necesario sentir que el riesgo es cercano a la vida propia (o en este caso a la realidad colombiana) para poder salir de la indiferencia frente a las amenazas.

De igual manera aparece la muerte violenta como una posibilidad cercana, lo que genera temor en la población, considerando además que Cano es especialmente enfático en el riesgo que corren cada uno de los colombianos, pues la violencia terrorista no realiza, según su planteamiento, ninguna distinción entre posturas e ideologías políticas. Es así como el pueblo colombiano en su totalidad puede ser blanco de una acción terrorista, en la cual el Estado ni siquiera aparece para detener esta amenaza, porque también hace parte de esta estructura violenta que en muchas ocasiones justifica dichas acciones de acuerdo a sus propios intereses. Tal nivel de desprotección y la sensación que genera un peligro cercano, ahondan en el miedo colectivo que se presenta en la columna antes presentada.

El último elemento que puede identificarse a propósito del miedo, es la esperanza de que en algún momento las cosas serán distintas. Así lo muestra Guillermo Cano cuando afirma que las palabras están presentes para ayudar a sobrepassar y enfrentar los desafíos que han surgido. De acuerdo al planteamiento aristotélico, el miedo no estaría presente si no se considera la posibilidad de que puede existir una salvación a la amenaza existente. Esto puede interpretarse entonces como un refugio desde la narrativa a los desafíos que debe enfrentar el pueblo colombiano, con un fenómeno tan puntual como el terrorismo.

El sobre costo de inseguridad

7 de noviembre de 1982 (Cano, 2012, pp. 504-507).

El miedo en el contexto de la columna anterior se justifica debido a que la autoridad estatal reconoce su incapacidad de cumplir las funciones básicas que se le han delegado, dejando en un estado de desprotección a toda la sociedad. Se supondría que la población debería contar con la certeza en términos de seguridad por parte del Estado toda vez que éste ha sido reconocido legítimamente. Sin embargo, la invitación a asumir la seguridad desde las capacidades que cada quien posee es en principio temerosa debido a que no todos tienen las mismas oportunidades ni habilidades de hacerlo.

Habría que añadir además que las acciones por parte del Estado no fueron únicamente de omisión frente a la responsabilidad de garantizar la protección, sino que desde la óptica de Cano Isaza el Estatuto de Seguridad terminó por representar una nueva amenaza. Así, el miedo se entendía en parte por la situación de vulnerabilidad y desconfianza que representaba un panorama en el que el Estado demostraba su falta de competencia para hacer frente a las problemáticas al mismo tiempo que ahondaba en ellas.

La autoprotección puede entenderse igualmente como una invitación a regresar al estado de naturaleza hobbesiano, en el que se da el imperio de la fuerza en términos de supervivencia y dominación. La inseguridad jurídica significa no saber a quién se debe temer, pues cuando el Estado ostenta el monopolio y todos se someten, las regulaciones permiten comprender qué límites existen para mantenerse seguro. En cambio, una sociedad donde el límite al que se invita es el que establece la fuerza de cada quien, no puede generar una sensación diferente a la intimidación y el miedo.

Adicionalmente habría que señalar el fragmento donde se afirma que los robos, los asesinatos y las intimidaciones hacen parte de las conversaciones de los colombianos en su cotidianidad. Esto es muestra de la constancia y profundidad del problema que representa para la sociedad civil, la incapacidad del Estado de brindarles protección, pues en medio de tal situación, termina por imponerse quien sea más fuerte, razón suficiente para sentir temor.

La vulnerabilidad entonces es completamente visible. El ejemplo que el columnista plantea respecto al ladrón que ingresa a la casa y saquea las pertenencias, aun cuando se cuenta supuestamente con un sistema privado de seguridad, es la referencia directa al miedo que representan las amenazas directas. La desgracia de la inseguridad no se concibe como una posibilidad remota, sino como una realidad que hay que enfrentar desde lo más personal que se tiene, como lo es la propiedad que se habita. Por esto es que al dimensionar cómo puede hacerle daño a cada colombiano la incapacidad estatal de asegurar la vida y los bienes que posee, el temor de ser perjudicado se hace latente.

Dejad a los narcotraficantes

3 de julio de 1983 (Cano, 2012, pp. 549-561)

El miedo presenta una característica diferente en este escrito, en la medida en que quien lo siente directamente es su escritor, Guillermo Cano, que busca

despertar esta sensación en el resto del pueblo colombiano. Se trata de un esfuerzo por abrir los ojos de la sociedad que siente lejana la situación del narcotráfico y de negocios como los de Carlos Lehder.

El acercamiento se hace desde la explicación detallada de una serie de sucesos que, a pesar de tener una lógica que vislumbra la criminalidad, es ignorada por la mayoría, y callada por quienes la conocen, posiblemente por temor a sufrir las consecuencias. Este es el caso que se observa en una clase política que es cómplice del narcotráfico, en parte por cuestión de intereses y en parte por miedo.

Se describe una sociedad que parece no sorprenderse con ninguno de los acontecimientos que ocurren frente a sus propios ojos. De tantos sucesos extraordinarios e increíbles, parece que todo se convierte en la normalidad. Cano Isaza, sin embargo, hace claridad en que no se trata de indiferencia, sino más bien de la costumbre de vivir en medio del temor.

Cano muestra la posibilidad de que se sufran afectaciones en el país que perpetúan la injusticia. El miedo es precisamente esa protección de los excesos de autoridad (en este caso ilegal) que se busca producir a través de los postulados de la columna para apartar del peligro que representa el narcotráfico, de manera que se logre una deliberación del pueblo colombiano para conducir a la salida este conflicto.

Lo que las tragedias se llevaron

24 de noviembre de 1985 (Cano, 2012, pp. 513-517).

La característica fundamental de este texto de opinión respecto al miedo es la esperanza que busca proyectar. Cuando ocurre una situación de completa resignación, el miedo a lo que puede ocurrir resulta casi imperceptible en cuanto no se espera una peor condición de la que ya se tiene. Sin embargo, cuando aparece una posibilidad de que las cosas sean diferentes, el miedo sí se hace presente, debido a que se guarda algún tipo de ilusión de que lo peor no ocurra, o que no se toque fondo respecto al contexto crítico que se vive.

De por sí, la toma del Palacio de Justicia por parte del M-19 y la catástrofe natural de Armero fueron situaciones lo suficientemente tormentosas para generar la sensación de miedo entre los colombianos, que tuvieron ante sus ojos dos coyunturas que demostraban la fragilidad de la vida y la seguridad.

Ahora bien, la invitación a la valentía que realiza Guillermo Cano permite leer a un pueblo atemorizado, que se ha quedado impávido ante lo ocurrido y que necesita seguir hacia delante para poder superar los acontecimientos.

En este escrito se expresa el miedo que representan las pérdidas económicas y de conocimiento respecto al sistema de producción en un sector clave para la economía nacional, y sin embargo, el mayor miedo que se refleja es respecto a las vidas humanas. Estas, una vez más, se muestran con fragilidad frente a lo inesperado, y precisamente por el carácter contingente de las situaciones ocurridas es que la inseguridad se percibe con mayor magnitud, pues cualquier colombiano habría podido encontrarse en un contexto como el que tenía Armero o el Palacio de Justicia a la hora de los hechos acontecidos.

La ley de la mafia

31 de agosto de 1986 (Cano, 2012, pp. 557-560)

La columna anterior deja ver claramente el problema del narcotráfico que se presentaba en el país. Este fenómeno, por sus dinámicas criminales, fue la representación de una época en la que la represión era constante por parte de los grupos al margen de la ley.

Sin embargo, las palabras de Guillermo Cano van más allá al expresar el miedo de diferentes actores del territorio nacional, pues generalmente se asocia este sentimiento de temor a la gente del común. En cambio, el panorama presentado muestra tres frentes diferentes: en primer lugar se encuentra un pueblo que no quiere expresarse en contra del flagelo del narcotráfico por miedo a las represalias que se puedan representar, considerando además que el Estado se muestra débil para responder a dichos grupos.

En segundo lugar aparecen los personajes de las Altas Cortes en representación del Estado colombiano, mostrándose sometidos a las exigencias que realizan los actores criminales, e incluso temiendo por su propia vida. La magnitud de su desconfianza en la institución que representan es tan grande, que parecen preferir la salvaguarda de su integridad antes de velar por el bienestar del Estado y su población.

Finalmente, se presenta el temor por parte de los narcotraficantes de que el Estado colombiano realice una acción puntual (la extradición a Estados Unidos) para fortalecer las medidas en contra de sus dinámicas. Este último

miedo busca la posibilidad de que el suceso no ocurra empleando amenazas que generan una cadena de temores que envuelve a toda la población.

De ahí que este escrito materialice la sensación de miedo que se vivió en la época. Todos los actores descritos, desde su posición dentro del conflicto, hicieron parte de lo que se concibe como Colombia, y por tanto, el temor se manifiesta de forma constante y generalizada.

Navidades negras

21 de diciembre de 1986 (Cano, 2012, pp. 518-519)

La historia que cuenta esta columna surge en un contexto con el cual todos los colombianos podrían identificarse: una gran celebración navideña, llena de alegría y de espacios para compartir en familia. No obstante, la ruptura de esta idea con la aparición del asesinato de un ser querido, inmediatamente genera desasosiego y miedo de pensar que como cualquier otro colombiano podría estar pasando por una situación similar.

Al mismo tiempo, otra historia desgarradora deja ver que no se trata de casos aislados. Ocurría con cierta frecuencia que las personas o las comunidades se vieran sometidas a tratos crueles e inhumanos, que buscan ser contados a través de variadas esferas, como es el caso de la prensa. Todo el relato no es más que una radiografía de la sociedad colombiana, que se encuentra plagada de historias de intimidación, extorsión y asesinato, donde en medio de las festividades se encuentra inmerso el miedo constante.

La labor periodística y la imaginación narrativa

La imaginación narrativa es uno de los canales que las personas pueden utilizar para comprender a otros seres humanos que no viven o sienten de la misma manera, a través de la generación de empatía. Cuando se leen las columnas de Guillermo Cano, se abre la posibilidad de entender cómo vivió la sociedad colombiana al ponerse en sus zapatos. Los relatos que transportan a aquella época, dejan ver sin más el miedo sus pensamientos, y sentimientos, especialmente el miedo.

Al mismo tiempo estos temores invitan a reflexionar sobre las capacidades que ha tenido el Estado colombiano para combatir fenómenos criminales

y responder por sus tareas fundamentales, a saber: garantizar la vida y la integridad de todo el pueblo colombiano, mientras mantiene el monopolio de la fuerza y recauda lo necesario para sostener su aparato institucional.

Se trata entonces de un cuestionamiento frente al papel que como ciudadanía se debe cumplir en sucesos como los que se presentaron en la década de los ochenta, y de las exigencias que le realizan a un Estado al cual han legitimado, esperando recibir las garantías necesarias para poder vivir en sociedad.

Acercarse al sentimiento de temor que se vivió en la época, debe movilizar a la ciudadanía colombiana de hoy para contribuir a la construcción de un Estado cada vez más fuerte, que obtenga las capacidades necesarias para hacer frente a las nuevas amenazas que surgen y que puede hacer uso de la legitimidad que ha recibido para garantizar el control territorial, y sobre todo, la vida y el bienestar de sus ciudadanos.

Es así como los escritos de Guillermo Cano permiten comprender el miedo que sintió la sociedad colombiana en el marco de una crisis institucional que vivió el Estado al no contar con las capacidades para hacer frente a las dinámicas del narcotráfico, convirtiendo al país en un territorio violento, que transgredía los derechos y libertades de sus habitantes. Al mismo tiempo, reconocer en la nación colombiana de otra época el temor de hablar, de denunciar, de exigir, y en el caso del aparato institucional, de mantener el orden y de brindar las libertades que le corresponden a todos los seres humanos, debe convertirse en un motor para que la sociedad de hoy no sea indiferente y logre igualmente empatizar con el papel que le corresponde en los nuevos retos que enfrenta el país.

Conclusión

La década de los años 80 en Colombia fue un periodo histórico donde ocurrieron numerosos hechos que marcaron la vida política y económica del país en los siguientes 20 años. Premios internacionales en el ámbito cultural, tales como el Nobel de literatura de García Márquez, contrastaron con tragedias naturales como la de Armero y la agudización del conflicto armado que enfrentaba al Estado con diferentes grupos insurgentes. También en esa época ocurrió la irrupción de la fase más violenta de la guerra del narcotráfico, situación que distorsionó la política, la economía y hasta la cultura del país.

El fenómeno del narcotráfico significó una amenaza para la institucionalidad del Estado colombiano. La capacidad del narcotráfico para controlar zonas estratégicas, así como de garantizar la protección y el cobro de extorsiones, hizo que en muchos casos la legitimidad del Estado estuviera en entredicho. Se supone que los actores del narcotráfico, al operar en la ilegalidad, debían ser erradicados por el Estado para que este pudiera mantener el monopolio legítimo de la coerción, no obstante las dinámicas criminales sobrepasaron la institucionalidad.

En este escenario, la emoción del miedo es un reflejo de la falta de legitimidad del Estado para hacer frente a las estructuras criminales, tales como la administración de justicia y la tributación. Sumado a esto, el miedo se convirtió en un obstáculo para que se pudiera realizar un proceso efectivo de construcción política y ciudadana. Las instituciones públicas pasaron de ser la autoridad en términos de derechos y seguridades, para ser concebidas como organizaciones temibles que perpetuaban situaciones de injusticia, y que no tenían los recursos físicos, administrativos ni logísticos para brindar el bienestar necesario, ni siquiera para garantizar el derecho principal: la vida.

Martha Nussbaum, desde su perspectiva política normativa y neoaristotélica, sostiene que el miedo es un mecanismo valioso y esencial para garantizar la supervivencia del hombre en cuanto especie, en la medida en que lo protege frente a los peligros de la vida. No obstante el miedo es peligroso porque lleva al hombre a centrarse intensamente en sí mismo, hasta el punto de hacerlo olvidar de la preocupación por los demás. Es en este punto donde el miedo distorsiona la vida política, tal y como ocurrió en la década de los 80.

En el contexto de este artículo, el miedo que produjo el fenómeno del narcotráfico en la década de los 80 influyó de forma contundente en las dinámicas económicas y políticas y en los procesos de hostilidad que vivió la sociedad colombiana en manos del poder de los carteles de la droga, más allá incluso de la legitimidad del Estado. El miedo llegó a afectar de forma tan aguda el tejido social, que el narcotráfico llegó al punto de tener un papel de influencia en la deliberación política, en asuntos tan críticos como la corrupción de los funcionarios del Estado o los debates y las amenazas que giraron en torno a los procesos de extradición. El miedo fue un instrumento de manipulación de la ciudadanía que impidió la confraternización de los ciudadanos para enfrentar las amenazas que supuso la violencia del narcotráfico.

Nussbaum indica que compasión cívica (o empatía) es un antídoto contra el miedo. Dicho antídoto se logra mediante el proceso que Nussbaum denomina imaginación narrativa. En lo que respecta a la obra periodística de Guillermo Cano, sus columnas narraron la ansiedad y el miedo que experimentó el país en los años 80. Sus escritos constituyeron un ejercicio de imaginación narrativa en la medida en que pudieron convocar un sentimiento de rechazo nacional por la desinstitucionalización que vivía el Estado. También sus columnas lograron descentrar a los colombianos de sus intereses particulares, para participar en una construcción ciudadana en la que los intereses de la nación atravesaban a todo el conjunto de la sociedad. ■

Referencias

- Álvarez, S. (2015). *La educación humanista en la democracia liberal desde el pensamiento de Martha Nussbaum* (tesis para la Maestría en Estudios Políticos, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia).
- Álvarez, S. (2016). Martha Nussbaum y la educación en humanidades. *Analecta política*, 6(10), pp. 167-178.
- Cano, G. (2012). Antología de textos de opinión . En F. G. Isaza, & J. S. Sabogal (Ed.), *Tinta indeleble: Guillermo Cano. Vida y obra*. Editora Aguilar.
- Centeno, M. Á. (2014). Sangre y deuda. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Duncan, G. (2013). Una lectura política de Pablo Escobar. *Revista Co-herencia*, 10(19), pp. 235-262
- Nussbaum, M. (2003). Compassion and terror. *Daedalus*, 132(1), pp. 10-26.
- Nussbaum, M. (2005). *El cultivo de la humanidad*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. (2005). *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz.
- Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. (2013). *Sin fines de lucro: por qué la democracia necesita de las humanidades*. Buenos Aires: Katz.
- Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas: ¿por qué el amor es importante para la justicia?* Barcelona: Paidós.
- Tilly, C. (1992). *Coerción, capital y los estados europeos: 990-1990*. Madrid: Alianza Editorial.

Traslado de pruebas ante la Corte Interamericana, a la luz del caso del Palacio de Justicia

The reuse of evidence before the Inter-American Court of Human Rights, in light of the Palace of Justice case

Transfert de preuves à La Cour interaméricaine,
dans le cas du Palais de Justice

Translado de provas ante Corte-a Interamericana,
à luz do caso do Palácio de Justiça

Álvaro Paúl*
Falta - orcid:

* Falta biografía

FALTA Cómo citar este artículo:
Cáceres, V. (2017). La problemática de la regulación de los hidrocarburos y el agua en Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47 (126), pp. 75-109.

Recibido: 4 de noviembre de 2016.
Aprobado: 23 de mayo de 2017.

Resumen

La prueba trasladada es aquella rendida en un juicio anterior, y que es posteriormente presentada en un nuevo juicio. Trasladar la prueba impide la inmediación y puede afectar principios probatorios como el del contradictorio. Este artículo, después de referirse a los supuestos en los que, en virtud del principio de subsidiariedad, es conveniente que los tribunales internacionales hagan análisis probatorios, se refiere a la prueba trasladada y a su uso por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo especial referencia al paradigmático caso *Rodríguez Vera vs. Colombia*.

Palabras clave

Corte Interamericana de Derechos Humanos, prueba trasladada, subsidiariedad.

Abstract

There are several downsides on a court's use of evidence that was submitted in a previous trial, such as preventing judges from being present when the evidence is rendered. It may also affect the principle of *audiatur et altera pars*. This article refers to the reuse of evidence that was submitted in a previous trial. Before doing so, it addresses the hypotheses in which—according to the principle of subsidiarity—it is convenient for international courts to evaluate evidence. Subsequently, it refers to this reuse of evidence by the Inter-American Court, particularly in the *Rodríguez-Vera v. Colombia case*.

Key words

Inter-American Court of Human Rights, evidence, subsidiarity.

Resumo

A prova transladada é aquela rendida em um julgamento anterior, e que é posteriormente apresentada em um novo julgamento. Transladar a prova impede a imediação e pode afetar princípios probatórios como o do contraditório. Este artigo, após referir-se aos supostos nos que, em virtude do princípio de subsidiariedade, é conveniente que os tribunais internacionais façam análises probatórias, refere-se à prova transladada e a seu uso por parte do Corte Interamericana de Direitos Humanos, fazendo especial referência ao paradigmático caso Rodríguez Lado vs. Colômbia.

Résumé

La preuve transférée est une preuve rapportée précédemment dans un procès, et qui est présentée ultérieurement dans un nouveau procès. Le transfert de preuve

empêche l'immédiateté et peut affecter des principes de la preuve tels que le principe du contradictoire. Cet article, après avoir examiné les cas dans lesquels, en vertu du principe de subsidiarité, les tribunaux internationaux procèdent à des analyses de preuve, se réfère à la preuve transférée et à son usage par la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, faisant spécialement référence au paradigme du cas Rodríguez. Vera vs La Colombie.

Mots clés

Cour interaméricaine des droits de l'homme, preuves transférées, subsidiarité.

Introducción

La sentencia *Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia* (Corte IDH, 2014b), dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se refiere a los hechos de noviembre de 1985 que rodearon la toma de rehenes en el Palacio de Justicia de Bogotá por parte del M-19 y la posterior intervención militar. Esta sentencia es muy interesante en virtud de los hechos de fondo analizados, pero también por aspectos de procedimiento¹. Dentro de éstos se encuentra un uso prominente de prueba trasladada, lo que constituye una buena ocasión para observar algunas prácticas de la Corte en esta materia. Por ello, usaremos la sentencia *Rodríguez Vera* para analizar la conveniencia de estas prácticas.

Es fácil confundir el uso de prueba trasladada, es decir, la prueba rendida en un juicio anterior, y la utilización de conclusiones a las que se llegó en casos anteriores. Por ello, antes de referirse a la prueba trasladada, este trabajo se referirá al uso de sentencias previas en un caso subsecuente. Ello se hará en el marco del principio de subsidiariedad que rige el actuar de la Corte IDH, y del modo en que éste debiera incidir en sus actuaciones probatorias.

Como cuestión preliminar, aclaramos que este trabajo no busca hacer juicios de valor sobre el fondo del asunto *Rodríguez Vera*, pues solo conocemos de los hechos a partir de la sentencia de la Corte IDH; únicamente busca usarla como caso de estudio para comentar algunos asuntos probatorios acotados. En la primera sección de este trabajo afirmamos que, mientras no se haya probado algún actuar indebido de tribunales, la Corte IDH debiera ceñirse a lo resuelto por los tribunales nacionales. Este principio general no es aplicable en el caso *Rodríguez Vera*, donde la Corte IDH determinó que hubo varias irregularidades procesales, que la hicieron considerar violados los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (Corte IDH, 2014b, párr. 512 y 513), por ejemplo, el uso de tribunales militares para juzgar actos que afectaron a civiles (Corte IDH, 2014b, párr. 163 ss.).

1 V.gr., el que la Corte IDH citara a una "audiencia pública especial sobre las excepciones preliminares" en el mismo período de sesiones que la audiencia sobre el fondo (párr. 10), lo que equivalió a que la audiencia "especial" fuera, en la práctica, celebrada en conjunto con la audiencia sobre el fondo.

1. Consecuencias de la subsidiariedad en el uso de pruebas a nivel internacional

1.1. Subsidiariedad y análisis probatorio

El Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos explicita la importancia del principio de subsidiariedad en el sistema interamericano, al disponer que la protección otorgada por la Convención Americana es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (sobre el principio de subsidiariedad: Carozza, 2003 y Carozza, 2016). Además, diversas instituciones jurídicas del sistema (tales como la obligación de agotar los recursos internos antes de acudir a la Comisión (Corte IDH, 1988, párr. 61). Este principio ha sido reconocido por la Corte (Corte IDH, 2009b, párr. 53, Corte IDH, 2012b, párr. 65, y Corte IDH, 2014c, párr. 137) y la Comisión interamericanas (Comisión IDH, 1996, párrs. 48 y 49, y Comisión IDH, 2003, párrs. 30 y 31). En el mismo caso *Rodríguez Vera*, la Corte se refiere a este principio al afirmar que “la jurisdicción internacional tiene carácter coadyuvante y complementaria y que no desempeña funciones de tribunal de ‘cuarta instancia’” (Corte IDH, 2014b, párr. 81). Como se aprecia, cuando los órganos interamericanos usan el lenguaje de la *cuarta instancia*, se están refiriendo a un efecto de la subsidiariedad (en materia de cuarta instancia véase Rodríguez Pinzón, 2001, pp. 8–12). La Comisión Interamericana también ha afirmado que no puede actuar como cuarta instancia y examinar los errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales (Comisión IDH, 1996, puntos 48 y 51.).

De la recién citada afirmación de la Comisión Interamericana se desprende que el principio de subsidiariedad tiene consecuencias probatorias. La Corte IDH se refirió a una de ellas en el caso de *Comunidades Afrodescendientes (Operación Génesis)*, donde señaló que

“con respeto a la forma de ponderar la prueba ventilada en procedimientos internos, tal como ha sido señalado en otros casos sobre Colombia, la Corte reitera que no es un tribunal penal, y que por regla general no le corresponde decidir sobre la autenticidad de la evidencia producida en una investigación a nivel interno cuando la misma ha sido tenida por válida en el fuero judicial competente para ello, sin que se pudieran verificar o

comprobar directamente violaciones a las garantías del debido proceso en la obtención, investigación, verificación o ponderación de dicha evidencia” (Corte IDH, 2013a, párr. 77).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también reconoce su subsidiariedad. Por ello afirma que, “como regla general, la determinación de los hechos del caso y la interpretación del derecho corresponde únicamente a los tribunales y otras autoridades nacionales, cuyas declaraciones y conclusiones en estos ámbitos vinculan al Tribunal” (Tribunal Europeo de DD.HH., 2014, p 74.). En consecuencia, el Tribunal Europeo solo sustituye lo resuelto por tribunales nacionales cuando hay elementos fuertes y claros que así lo aconsejan (Leach, Paraskeva, & Uzelac, 2009, p. 13).

De todo lo anterior se desprende que, según el principio de subsidiariedad, la Corte IDH no está para reemplazar la labor de evaluación de la prueba efectuada por los tribunales internos², sino que solo para suplirla en caso de que la práctica o evaluación de la prueba cuenten con defectos importantes, por ejemplo, si los procedimientos internos fueron considerados contrarios al debido proceso. Es por ello que, en general, la Corte IDH no debiera utilizar prueba rendida ante los tribunales internos para probar hechos que ya han sido determinados en un proceso a nivel nacional, sino que debiera basarse en los hechos debidamente constatados por tales tribunales. Ello, a menos que la Corte IDH considere que el proceso interno fue inadecuado y que es necesario rehacer el análisis probatorio. En tales casos, el procedimiento probatorio adecuado exigiría que la Corte IDH requiera una nueva rendición de la prueba, en vez de trasladar la que fue rendida ante otro tribunal. Tal exigencia busca evitar que se vulnere el principio de la inmediación, y que se viole el principio de la bilateralidad de la audiencia. El traslado y posterior reevaluación de la prueba presentada a nivel nacional se justificaría solo en ocasiones excepcionales, por ejemplo, cuando la prueba ya no pueda volver a ser practicada; para probar inconsistencias entre una prueba presentada en el ámbito nacional o internacional, o para determinar si se cumplió con el debido proceso a nivel interno.

Otro motivo por el cual conviene que la Corte IDH utilice solo la prueba que se le presenta directamente, es que ello facilita la examinación de la prueba

2 Ello explicaría, por ejemplo, por qué el Estado reclamó en el caso *I.V. vs. Bolivia* que la Corte IDH no confió en las conclusiones de la judicatura nacional, al solicitarle a Bolivia que remitiera ciertas declaraciones ya valoradas por los tribunales nacionales (Corte IDH, 2016, párr. 12).

por ambas partes en litigio. Además, permite una mayor fiscalización por parte de los lectores de las sentencias de la Corte IDH, pues ellos no tienen generalmente un fácil acceso a los expedientes nacionales, por lo que no pueden saber si la Corte está omitiendo referirse a cierta prueba nacional³. Por eso también conviene que la Corte se refiera directamente a los hallazgos de sentencias dictadas a nivel interno, las que son más fáciles de obtener que ciertas diligencias específicas realizadas ante los tribunales nacionales.

1.2. Uso de sentencias nacionales en *Rodríguez Vera*

En el caso *Rodríguez Vera* aún había procesos pendientes, algunos en casación o en apelación, o incluso en primera instancia (Véase Corte IDH, 2014b, párrs. 182, 184, 200, 217, 433, 468, 469, 592 y 598). Además, la Corte IDH consideró que los procedimientos nacionales violaron las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial. Por eso, no es posible afirmar que la Corte IDH debía ceñirse solamente a lo que fue determinado judicialmente por los tribunales nacionales. Ello también podría explicar que, en dicho caso la Corte afirmara que para determinar los hechos, pues al momento de que la Corte IDH conociera del caso, aún había procesos pendientes ante tribunales nacionales, algunos en casación, apelación o, incluso, en primera instancia (Véase Corte IDH, 2014b, párrs. 182, 184, 200, 217, 433, 468, 469, 592 y 598). Por ello, no había hechos ya determinados en todos los casos. Además, la Corte IDH había considerado que los procedimientos nacionales violaron las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial. Por eso, la Corte debía aventurarse en un importante grado de determinación de los hechos⁴.

Lo anterior también justifica que la Corte afirmara en *Rodríguez Vera* que consideraría “especialmente las decisiones judiciales internas”, clasificándolas simplemente como parte del “acervo probatorio del caso” (Corte IDH, 2014b, párr. 82), en vez de darles el poder de definir los hechos del caso. Sin embargo, llama la atención que la Corte IDH señalara que consideraría especialmente,

-
- 3 Podría suceder que la Corte utilice selectivamente cierta prueba nacional, del mismo modo en que utiliza selectivamente ciertos instrumentos internacionales (Neuman, 2008, p. 109 y Ruiz Chiriboga, 2012, p. 188).
- 4 Eso permitió, por ejemplo, que se determinara que Carlos Horacio Urán Rojas habría sobrevivido a los hechos del Palacio de Justicia, y que habría sido ejecutado extrajudicialmente con posterioridad, cuestión que no fue determinada por los tribunales internos, por considerar que las pruebas no eran decidoras.

en conjunto con las sentencias internas, las conclusiones de la Comisión de la Verdad y los escritos de los representantes y del Estado (Corte IDH, 2014b, párr. 82). Esto es criticable, pues tales instrumentos no pueden identificarse con sentencias judiciales, aunque la producción de dichas sentencias haya incumplido algunos requisitos menores del debido proceso. En el caso de los escritos de los representantes y el Estado, está claro que ellos son documentos de parte, por lo que no son comparables a sentencias judiciales. En el caso de las conclusiones de la Comisión de la Verdad, la Corte IDH, antes de ponerlas en el mismo lugar que las sentencias judiciales, debiera examinar si la Comisión de la Verdad tuvo un proceso de toma de decisiones similar al de un tribunal de justicia. Esto podría hacerse analizando, entre otras cuestiones, cuál fue su constitución, las garantías de imparcialidad que ofrece, su respeto al debido proceso y el tipo de pruebas aceptadas.

En ocasiones la Corte revisa lo que fue determinado por los jueces internos, por ejemplo, cuando nota que los tribunales nacionales consideraron probado un hecho sobre la base de elementos que, según la Corte IDH, “no son suficientes para acreditar, con absoluta certeza”, lo que los tribunales nacionales dieron por probado (v.gr., Corte IDH, 2014b, párr. 288). En ocasiones la Corte no solo cita la sentencia interna donde se declaró algo como probado, sino que cita, conjuntamente, declaraciones de ciertas personas, como para reforzar su plausibilidad, dando a entender que no basta con lo que hayan afirmado los tribunales nacionales (v.gr., Corte IDH, 2014b, notas al pie 102, 103 y 589). Ello, a pesar de que las declaraciones citadas no siempre son fiables, especialmente si son emitidas por la víctima⁵. Lo anterior podría sugerir que, en dicho caso, la Corte le dio un rol poco relevante a las decisiones internas, pues las puso al mismo nivel que simples declaraciones –sin que medie un análisis de algún problema que tuviera el Poder Judicial colombiano–. Esto podría considerarse como un distanciamiento del principio de subsidiariedad. Lo anterior, sin perjuicio de que la Corte podría estar incluyendo esta prueba como simple información adicional entregada a mayor abundamiento, es

5 En *Rodríguez Vera* se citan algunas declaraciones de víctimas para reforzar su afirmación. La declaración de la víctima es una prueba de poco valor, pues la presunta víctima tiene intereses en el caso, y puede estar falseando la realidad en su favor. Por lo demás, la Corte se ha visto ya afectada por declaraciones falsas de las víctimas, v.gr., en el caso *Mapiripán* se condenó al Estado por la muerte de un número indeterminado de personas. Dentro de ellas, veinte fueron individualizadas en la sentencia (Corte IDH, 2005a, párr. 335, N° 1), pero después se tomó conocimiento de que estaban vivas con posterioridad a la masacre, o que habían muerto en circunstancias diferentes (Corte IDH, 2012d, considerando párrs. 13-44).

decir, como prueba que no sería necesaria para dar por probada una situación, pero que puede servir para convencer más al lector.

También llama la atención que la Corte, al analizar los hechos del caso *Rodríguez Vera*, utiliza diversas decisiones de los tribunales internos, no solo las de instancias más altas (V.gr., Corte IDH, 2014b, párrs. 375 y 385). Ello es entendible en un caso donde se consideró que los tribunales vulneraron el derecho al debido proceso. En casos donde este derecho no se hubiera considerado violado, correspondería que la Corte IDH se refiriera a los hechos probados según lo que fue determinado en la instancia más alta, pues tal es la última palabra sobre lo ocurrido según los tribunales nacionales. Por supuesto que podría haber salvedades a este principio cuando se hayan hecho excepciones al agotamiento de los recursos internos, pero ello es algo que debiera ocurrir excepcionalmente⁶.

Por último, repetir los análisis probatorios –en vez de aceptar lo resuelto por los tribunales nacionales–, no solo tiene problemas vinculados con la inmediación y los requisitos exigidos para el traslado de la prueba, sino que también incide en que las sentencias de la Corte sean innecesariamente extensas, pues obliga a la Corte IDH a realizar largos desarrollos probatorios que no serían necesarios si se aceptara sin más la veracidad de los hechos declarados por el tribunal de mayor jerarquía de un Estado⁷.

1.3. Autenticidad de la prueba rendida a nivel interno

En cuanto a la prueba rendida a nivel interno, la Corte afirma, reiterando lo señalado en otros casos seguidos contra Colombia, que

“por regla general no le corresponde decidir sobre la autenticidad de la evidencia producida en una investigación a nivel interno cuando la misma ha sido tenida por válida en el fuero judicial competente para ello, sin que se pudieran verificar o comprobar directamente violaciones a las garantías del debido proceso en la obtención, investigación, verificación o ponderación de dicha evidencia” (Corte IDH, 2014b, párr. 231).

⁶ Aunque ello no siempre es así en los procesos ante la Corte IDH.

⁷ Así, podrían haberse evitado debates como el del caso de Tirso Sáenz (Corte IDH, 2014b, nota al pie 372).

Esta afirmación es adecuada, y reconoce el carácter subsidiario de la Corte. Sin embargo, en *Rodríguez Vera* la Corte no siempre confió en la prueba declarada veraz a nivel interno, como se observa en varias notas al pie de la sentencia (v.gr., Corte IDH, 2014b, notas al pie 372, 375 y 392). Irónicamente, algunas de las disquisiciones sobre la autenticidad de la prueba fueron, de algún modo, zanjadas por la Corte diciendo que las pruebas habían sido tenidas en consideración por los tribunales nacionales (v.gr., Corte IDH, 2014b, notas al pie 372 y 375). Esto pone en entredicho la capacidad de la Corte de resolver sobre la veracidad de las pruebas. Reiteramos que, en general, la Corte IDH no debiera entrar a revisar las pruebas rendidas a nivel nacional, y debiera aceptar las conclusiones internas del Poder Judicial, a menos que ella afirme, previamente, que existían motivos para desconfiar del sistema judicial del Estado a la época de los hechos.

1.4. Conclusiones sobre el uso de hechos probados por tribunales internos

Tanto los tribunales internos como la Corte IDH pueden equivocarse. Ni éstos ni ella son infalibles. Sin embargo, los tribunales nacionales tienen más posibilidades de realizar una adecuada evaluación de los hechos, debido a que cuentan con más medios de verificación de los mismos, y analizan la prueba en un momento más próximo al de su ocurrencia. En efecto, muchas pruebas son más confiables mientras más próximas estén al momento de los hechos, como ocurre con la prueba testifical. Esto es reconocido por la misma Corte, la que sostiene en *Rodríguez Vera* que la memoria de los testigos es más clara cuando ellos relatan hechos que han ocurrido más próximamente (Corte IDH, 2014b, nota al pie 385). Por otro lado, la Corte IDH no tiene la capacidad de recibir directamente la misma cantidad de prueba que reciben los tribunales internos. Además, la calidad probatoria de ciertos medios aceptados por la Corte IDH son bastante deficitarios, particularmente los afidavits⁸.

Es por ello que es más razonable darle preferencia a las evaluaciones probatorias realizadas por los tribunales internos independientes y que han obrado conforme a los principios del debido proceso. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte IDH tendría siempre un rol subsidiario en caso de que los procedimientos internos o la falta de independencia judicial hagan

8 Véase la descripción que se hace *infra*.

dudar de la capacidad decisoria de los tribunales nacionales. Sin embargo, ante la pregunta de si conviene, como regla general, que sean los tribunales nacionales o la Corte IDH quienes definan los hechos, habría que inclinarse por que fueran los primeros.

2. La prueba trasladada

2.1. Concepto de prueba trasladada

La prueba trasladada es “aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite” (Devis Echandía, 2015, p. 349 N° 104). La Corte IDH acepta el uso de prueba trasladada desde sus primeros casos, aunque no suele utilizar la expresión “traslado” de prueba⁹. El caso más antiguo en el cual la Corte habría hecho uso de la prueba trasladada, según tenemos conocimiento, fue el caso de *Castillo Petruzzi vs. Perú*, donde el Estado le solicitó a la Corte que tuviera a la vista las leyes nacionales aportadas en el caso *Loayza vs. Perú* (Corte IDH, 1999 párr. 39). Frente a esto, la Comisión Interamericana se opuso, “argumentando que se trataba de expedientes distintos” (Corte IDH, 1999 párr. 40). Sin embargo, la Corte accedió al traslado solicitado por el Estado (Corte IDH, 1999 párr. 40).

En el caso de la Corte IDH, la prueba puede ser trasladada desde un procedimiento anterior ante la misma Corte. Esto ha sucedido a petición de parte, como en el caso de la *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*¹⁰, pero también de oficio, como en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, donde trasladó prueba desde *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay* (Corte IDH, 2006, párr. 49). En este comentario nos centraremos en él. La Comisión Interamericana ha considerado que, para efectos del traslado, las medidas provisionales deben considerarse como juicios distintos (Corte IDH, 2009b, párr. 92); la Corte también ha aceptado los trasladados desde tales procesos (Corte IDH, 2009b, párr. 92). Además, la Corte IDH puede trasladar prueba desde un proceso seguido en otro foro, generalmente a nivel nacional¹¹.

9 Excepcionalmente la ha usado, v.gr., Corte IDH, 2012e, título que antecede al párr. 11.

10 Corte IDH, 2013c, párr. 47. Son muchos otros los casos donde esto ha ocurrido, v.gr., Corte IDH, 2012c, párrs. considerandos 10 y 14.

11 V.gr., Corte IDH, 2015a, párr. 299, donde utilizó declaraciones rendidas ante la Fiscalía Provincial Especializada.

No puede considerarse prueba trasladada la que obtenga la Corte IDH desde el procedimiento previo seguido ante la Comisión Interamericana –en el mismo caso¹², a menos que la Comisión la haya trasladado previamente, ya que el procedimiento ante la Comisión forma parte de un solo gran procedimiento interamericano de dos fases. El uso de conclusiones a las que arribó un tribunal nacional tampoco constituye una forma de prueba trasladada, sino que es una muestra de deferencia ante las decisiones estatales, lo que es consistente con el principio de subsidiariedad. Por último, tampoco podemos considerar que sea prueba trasladada la que se presenta en un nuevo juicio con la exclusiva finalidad de mostrar que se realizaron gestiones en el juicio previo –v.gr., para efectos de probar si se respetaron o no las garantías procesales–, pues tales antecedentes no buscan utilizar el contenido de la prueba, sino que solo pretenden demostrar su existencia¹³. Este uso de prueba para probar el cumplimiento del debido proceso se observó también en el caso *Rodríguez Vera* (Corte IDH, 2014b, párrs. 484 a 486, y en diversos lugares entre los párrs. 156 a 219).

En atención a estas características particulares de la prueba que se trasladada ante la Corte IDH, podemos definirla como la prueba que, habiéndose practicado o presentado en un proceso previo, ya sea ante la misma Corte o en otro tribunal nacional o internacional, es valorada por la Corte IDH en un nuevo caso. La prueba puede trasladarse mediante copia de otro expediente, o por medio de una videograbación de la audiencia pública de un caso anterior¹⁴. En este trabajo nos centraremos en el traslado de prueba rendida ante tribunales nacionales.

El concepto de la prueba trasladada es complejo, puesto que consiste, en sentidos distintos, en una prueba y en un hecho a probar (Paúl Díaz, 2006, p. 40). En efecto, una prueba trasladada, por ejemplo, una testifical, servirá para probar en el nuevo juicio un hecho presenciado por un testigo. En este sentido, es una prueba (Paúl Díaz, 2006, p. 40). Sin embargo, primero debe probarse que dicha prueba fue realmente rendida en un juicio previo, por lo que su rendición es un hecho a probar (Paúl Díaz, 2006, p. 40). Según esto, la prueba trasladada tendrá dos valores probatorios distintos. Por ejemplo, si se traslada una prueba

12 V.gr., Corte IDH, 2015b, párr. 188.

13 Utilizaremos la expresión “nuevo juicio”, o alguna análoga, para referirnos al proceso al que se traslada la prueba, y la expresión “juicio previo”, o alguna análoga, para referirnos al proceso cuya prueba es trasladada al nuevo juicio.

14 Esto también se ha hecho ante la Corte IDH, v.gr., Corte IDH, 2012e, párr. cons. 14, y Corte IDH, 2012c, párrs. cons. 10 y 14.

testifical mediante una copia auténtica de otro expediente, ella tendrá el valor de instrumento público para probar que fue efectivamente rendida, pero tendrá solo valor de testimonio –con las limitantes que puede tener en su versión trasladada– para probar los hechos del nuevo juicio (Paúl Díaz, 2006, p. 41). Esta doble naturaleza de la prueba trasladada puede prestarse para confusiones, ya que en ocasiones se considera que la prueba testifical trasladada mediante un instrumento público es una prueba documental¹⁵, cuando solo lo es para efectos de probar el hecho de su producción en un juicio anterior (Paúl Díaz, 2006, p. 41). La Corte IDH ha incurrido excepcionalmente en este tipo de error¹⁶.

El traslado de la prueba presenta varios problemas. Por una parte, dependiendo del tipo de prueba que se traslade, el tribunal que la examina en un nuevo juicio perderá la inmediación que tuvieron los jueces en el juicio previo. Un ejemplo claro de esto se da cuando se traslada prueba de inspección personal del tribunal. Por otro lado, el traslado de la prueba puede afectar el contradictorio, porque las garantías que velan por el control de la contraparte en la rendición de la prueba se ven disminuidas si la prueba se lleva a un nuevo juicio. Esto se observa claramente con la prueba testifical y pericial, ya que la parte contra quien se presenta podría no tener la posibilidad de contrainterrogar al testigo o hacer preguntas al perito. Esto fue reclamado por Bolivia en un caso en que se trasladaron peritajes desde un juicio previo ante la Corte IDH (Corte IDH, 2013b, párr. 53). Atendidas las múltiples debilidades de la prueba testifical *per se*, es particularmente importante que se vele por el cumplimiento de la inmediación y la capacidad de contrainterrogar a los testigos, para que la práctica de esta prueba sea apropiada (Contreras Rojas, 2015, pp. 216–218).

2.2. Requisitos de la prueba trasladada

En atención a las complejidades recién descritas, el traslado de la prueba debe ser excepcional. Puede darse cuando no sea posible volver a practicar la prueba, cuando existan motivos graves que impidan que los testigos presenten

15 Alberto Bovino, aunque sin referirse a la prueba trasladada, parece ser de una opinión contraria a la nuestra (Bovino, 2005, pp. 78-80).

16 También, aunque trasladando desde un procedimiento ante la misma Corte, Corte IDH, 2013c, párr. 47, y Corte IDH, 2012e, párr. considerando 14. Hay sentencias que no se refieren a prueba trasladada, pero donde se observa esta dualidad de prueba documental-pericial o documental-testifical. Corte IDH, 2005b, párr. 53, en comparación con el párr. 54.

su declaración, o cuando han desaparecido las condiciones que se observaron en una inspección personal del tribunal. Además, es necesario que el traslado cumpla con ciertos requisitos para que pueda decirse que se siguió un debido proceso. El elemento más fundamental del debido proceso es la posibilidad del contradictorio, el que ambas partes puedan presentar sus descargos ante un tribunal. La Corte IDH reconoció esto como parte del derecho a la defensa, en casos como *Norín Catrimán y Otros vs. Chile* (Corte IDH, 2014a, párr. 242¹⁷). El derecho a la defensa consiste en aquella garantía “que asegura a los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso sus alegaciones y sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia” (Carocca Pérez, 1998, p. 100).

Es por lo anterior que la parte contra la cual se presenta una prueba debe poder hacer sus descargos no solo al momento de dicha *presentación* –que es lo que ocurre ante la Corte IDH–, sino también al momento de su *producción* (Paúl Díaz, 2006, pp. 45 y 46). Sin embargo, atendido que la prueba no debe trasladarse, a menos que se esté en situaciones en que no pueda volver a practicarse, difícilmente podrían ejercerse los antedichos derechos en el juicio nuevo (por ejemplo, contrainterrogar a los testigos). Por ello, en estas situaciones excepcionales, bastará con que se haya ejercido el derecho a la defensa en los procesos antiguos. Así, Eduardo Couture sostiene que para trasladar la prueba, la persona contra quien se presenta la prueba debe haber tenido la posibilidad de hacer valer contra ella “todos los medios de verificación y de impugnación que la ley le otorga en el juicio en que se produjeron” (Couture, 2010, p. 231, N° 164), para evitar que se produzca su indefensión. En ocasiones excepcionales, la Corte ha reconocido este requisito. Por ejemplo, en *Ríos y Otros vs. Venezuela*, la Corte accedió a una solicitud de la Comisión de trasladar prueba desde el proceso de las medidas provisionales, “considerando que en ambas ocasiones el Estado tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa” (Corte IDH, 2009b, párr. 92).

En definitiva, los requisitos para que se produzca el contradictorio serían que la parte contra quien se presenta una prueba haya sido parte en el juicio anterior (Devis Echandía, 2015, pp. 349 y 350, N. 105), que dicha parte haya estado activa, y que la prueba no haya sido declarada nula. En lo que respecta a los procesos ante la Corte IDH, sería muy difícil que la parte demandante haya sido parte internacional en un juicio anterior contra el Estado, pero sí lo

17 Lo reconoció en relación con los procedimientos penales. Sin embargo, tales principios son requisitos básicos de cualquier procedimiento.

habría sido **en el ámbito nacional**. Por el contrario, el Estado, como un sujeto de derecho internacional, sólo habrá sido parte en procedimientos anteriores ante la Corte IDH o ante algún otro tribunal internacional, pero no lo sería nunca en el procedimiento nacional. Por esto, difícilmente se puede cumplir con el requisito del contradictorio de forma estricta al trasladar prueba desde el ámbito interno en contra del Estado, pues no hubo identidad entre la entidad que actuó en el juicio **a nivel** doméstico y el Estado **a nivel** internacional. Sin embargo, en consideración al carácter excepcional del traslado de la prueba, es posible dar cumplimiento a este requisito por analogía, por ejemplo, si han sido órganos estatales los que presentaron una prueba o los entes en contra de quienes se presentó. El primer caso ocurriría cuando haya sido una fiscalía o la procuraduría de un Estado que siguió un juicio en contra de alguien o de alguna institución. El segundo caso podría ocurrir cuando **a nivel** interno se presenta un caso en contra de un órgano estatal acusado de cometer una violación de derechos humanos. En cambio, no se cumpliría este requisito cuando el proceso interno ha sido seguido entre dos particulares.

El modo como la Corte IDH traslada hoy en día la prueba es relativamente difícil de enfrentar para la parte contra la que se presenta. Ello, por cuanto la Corte no expide una resolución que diga cuáles son los hechos que deben ser probados en un caso, y menos aún indica qué medios probatorios, de la infinidad de pruebas que pueden encontrarse en los procesos judiciales internos tenidos a la vista, pretende la Corte trasladar y considerar. Esto equivale a pretender que la parte contra la que se traslada una prueba adivine qué pruebas van a ser trasladadas. Como esto es imposible, las partes se ven, en teoría, obligadas a oponerse a todas y cada una de las pruebas contenidas en los procesos internos tenidos a la vista. Por ello, si la Corte va a trasladar prueba desde los procedimientos internos, convendría que informe de ello a la parte contra quien se aplicarán, y que traslade también las objeciones que fueron presentadas en el proceso interno.

2.3. La ratificación como excepción al requisito de la comparecencia previa

Es posible hacer una excepción al requisito de haber comparecido como parte en el proceso en el que se rindió la prueba, cuando la prueba es *ratificada* en un proceso posterior (Devis Echandía, 2015, p. 350, N° 105). La ratificación procede solo respecto de determinada prueba, como la testifical, y consiste en

“llamar al testigo que declaró antes, para que bajo juramento manifieste si es cierto lo que entonces dijo o si ratifica lo dicho” (Devis Echandía, 2015, p. 350, N° 106). También procedería en la prueba pericial. La ratificación no exige una nueva rendición de la prueba, sino solo que el declarante confirme que dijo la verdad cuando declaró en el juicio anterior. No se exige una nueva declaración porque, con el paso del tiempo, la persona puede haber olvidado los hechos, por lo que su declaración podría no ser igual de certera que cuando declaró la primera vez. Por otro lado, la ratificación permite que la contraparte contrainterrogue al testigo, o le haga preguntas para probar su idoneidad y confiabilidad.

La Corte IDH ha utilizado la figura de la ratificación de la prueba. Uno de esos casos es el de *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, donde, a solicitud de la Comisión, la Corte designó a un jurista colombiano en la calidad de experto, para que, en la misma Colombia, tomara la declaración a una testigo que no podía viajar a declarar a Costa Rica por problemas de salud (Corte IDH, 1995, párr. 48). En dicha ocasión, se le leyeron a la testigo declaraciones suyas rendidas ante distintas instancias nacionales, las cuales “ratificó en su totalidad” (Corte IDH, 1995, párr. 48).

2.4. Valor de la prueba trasladada ante la Corte Interamericana

Atendido que la Corte IDH es un tribunal que valora la prueba según las reglas de la sana crítica¹⁸, no es posible hablar de un valor específico de la prueba trasladada. Ello es especialmente así en atención a que todo medio probatorio del que haya quedado registro en un proceso, puede ser trasladado a un nuevo juicio, por lo que la prueba trasladada puede tener naturalezas muy distintas. Lo importante es tener siempre en consideración que la prueba trasladada solo puede tener valor si es que se intentó preservar el derecho a la defensa al momento de incorporarla a la causa.

En este punto, el caso de la *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* es interesante, pues allí los representantes buscaron que se trasladara prueba desde un caso seguido en contra de otro Estado, por lo que Bolivia reclamó que ello incumplía con el principio del contradictorio (Corte IDH, 2013b, párr. 53). Frente a ello, la Corte afirmó que

18 Bovino, 2005, pp. 69-73. La Corte lo afirma en casi todas sus sentencias.

“la incorporación de dictámenes periciales rendidos en otro caso al expediente de un caso en trámite, no significa que tales elementos tengan el valor o peso probatorio de un dictamen pericial evacuado bajo los principios de contradictorio y derecho de defensa. De tal modo, dichos dictámenes son incorporados en esta oportunidad, únicamente como elementos documentales y para que la Corte determine su admisibilidad y valor probatorio en el momento procesal oportuno, tomando en consideración los alegatos y observaciones ya presentados o que presenten las partes en sus alegatos finales, en ejercicio de su derecho de defensa.” (Corte IDH, 2013b, párr. 54)

Esta afirmación nos muestra que la Corte IDH puede tener en cuenta que la prueba fue incorporada al proceso sin ceñirse a los principios del contradictorio y del derecho de defensa, por lo que podría darle un menor valor. De hecho, en la sentencia de fondo del caso de la Familia Pacheco Tineo, la Corte afirmó incorporar los peritajes como “referencias y opiniones doctrinales de autoridades en la materia sobre la que declararon” (Corte IDH 2013, c, 47), pero no los utilizó al momento de tomar una decisión.

2.5. Traslado de prueba por parte de la Comisión

El Reglamento actual de la Corte IDH limitó significativamente el rol de la Comisión Interamericana en la presentación de pruebas. En efecto, aparte de la entrega de las pruebas recibidas durante la etapa preliminar que la Comisión dirige, ella no puede sino solicitar la eventual designación de los peritos¹⁹. Más aún, puede solicitarlo solo “cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos”²⁰. Esto ha hecho que los Estados vigilen más de cerca los intentos de la Comisión de trasladar cierta prueba. Esto sucedió en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, donde la Comisión solicitó el traslado de dos peritos (Corte IDH, 2012e, párr. cons. 12). Frente a esto, el Estado afirmó, entre otras cosas, que trasladar “peritajes utilizados en otros procesos desvirtúa la naturaleza excepcional de presentación de peritos” (Corte IDH, 2012e, párr. cons. 12). En dicho asunto, la Corte aceptó el traslado, en atención a que ella había ya determinado que el caso afectaba el orden público interamericano (Corte IDH, 2012e, párrs. cons. 9, 13 y 14). Esa aceptación fue

19 Corte IDH, 2009a, Arts. 35.1.e y f.

20 Ibid., Art. 35.1.f.

adecuada, pero no lo sería si la Corte no hubiera determinado que se estaba afectando de manera relevante el orden público, pues en dicho caso la Comisión habría estado evadiendo su inhabilidad para presentar pruebas.

3. Traslado de la prueba en el caso *Rodríguez Vera*

3.1. Cuestiones preliminares

La prueba trasladada en el caso *Rodríguez Vera* es muy abundante, por lo que este artículo no podrá referirse a toda ella. Eso, además, excedería la finalidad de este trabajo. Además, un artículo que tratara de hacerlo, sin tener acceso a los expedientes originales sería, de algún modo, incompleto. Lo que hace más complejo el análisis probatorio del caso del Palacio de Justicia es que existen muchos procedimientos relacionados con los mismos hechos, pues ellos llegaron por distintas vías a los tribunales superiores (v.gr., Corte IDH, 2014b, párr. 277, donde se habla de dos “decisiones de segunda instancia que se han emitido hasta el momento sobre los hechos”).

Este artículo solo hará referencia a algunos aspectos que llaman la atención del caso *Rodríguez Vera*, un caso paradigmático para nuestros efectos, en atención a la gran cantidad de prueba trasladada desde los procesos nacionales. En parte, la magnitud del traslado de prueba en *Rodríguez Vera* se justifica porque varios casos internos no estaban con sentencia firme y ejecutoriada. Muchos de los procesos relacionados con las desapariciones en el Palacio de Justicia estaban abiertos o con recursos pendientes, por lo que la Corte IDH aprovechó de reconsiderar pruebas que no habían sido analizadas en forma completa **a nivel** nacional. Es entendible que la Corte aprecie por sí misma la prueba que aún no ha sido valorada de un modo final por una sentencia definitiva. Por ejemplo, fue útil volver a revisar los exámenes de cadáveres, pues ellos habían sido considerados **a nivel** interno, pero no exhaustivamente. En efecto, en enero de 2012, cuando se dictó la sentencia por parte del Tribunal Superior de Bogotá, faltaba examinar 30 cadáveres, de un total de 90 (Corte IDH, 2014b, 291), mientras que al momento de la dictación de la sentencia de la Corte IDH, 88 cadáveres habían sido debidamente examinados (Corte IDH, 2014b, párr. 292).

También es entendible que la Corte haga una apreciación de la prueba rendida ante los tribunales internos, distinta de la que fue efectuada en esos

procesos internos, cuando las sentencias nacionales no estaban firmes. Un ejemplo de una apreciación de la prueba distinta de la efectuada por los tribunales internos es la determinación de si las once víctimas habían sido o no objeto de desaparición forzada. Para hacerlo, la Corte usó la prueba rendida en los procesos internos como su fuente principal, aunque las complementa también con algunos afidavits (v.gr., Corte IDH, 2014b, párrs. 255 ss.).

Asimismo, es razonable que la Corte IDH complemente la prueba trasladada con la prueba rendida ante la misma Corte IDH, pero no lo es que la Corte dé igual peso a las declaraciones trasladadas desde los procedimientos internos, que a las declaraciones rendidas ante la misma Corte. Esto se aprecia en *Rodríguez Vera* cuando la Corte pone estos dos tipos de prueba al mismo nivel al momento de dar por probados ciertos hechos (v.gr., Corte IDH, 2014b, notas al pie 160, 162 y 628). Ello no es adecuado, por una parte, porque no se justifica trasladar una prueba que es, además, rendida ante el mismo tribunal y, por otra, porque la prueba que pudo ser objeto del contradictorio por la parte contra quien se presenta da más garantías de veracidad, por lo que la sana crítica exige darle un mayor valor.

3.2. Ratificación de prueba

En el caso *Rodríguez Vera*, la Corte IDH hace referencia a la ratificación de ciertas declaraciones realizadas a nivel interno (Corte IDH, 2014b, párr. 285). Sin embargo, a la Corte le basta con la ratificación mediante afidávit, lo que no es adecuado, ya que el afidávit no permite la repregunta o contra interrogación del declarante ni poner a prueba su confiabilidad. Para entender esta afirmación, es necesario recordar que los afidavits son, en un sentido amplio, declaraciones rendidas o no ante notarios, en las que testigos o peritos presentan sus testimonios o informes. Este medio probatorio es deficiente porque la contraparte no tiene la posibilidad de presenciar la rendición de la prueba, por lo que no puede contrainterrogar a los declarantes ni hacerles preguntas para verificar su objetividad. Lo más cercano al interrogatorio con lo que cuentan, es la posibilidad de que la contraparte presente un listado de preguntas a ser respondido por el declarante²¹, pero cuya falta de respuesta no conlleva ningún perjuicio real para la parte que presenta al declarante²².

21 Corte IDH, 2009a, Art. 50.5.

22 La Corte IDH ha afirmado que tendría en consideración la falta de respuestas a las preguntas, y que ello puede afectar el peso de la prueba, pero ésta no constituye propiamente una carga

Los afidavits solo pueden ser objetados una vez que ya se han rendido, y es prácticamente imposible que la Corte IDH los excluya del acervo probatorio. Además, las declaraciones pueden ser, en la práctica, preparadas por terceros y solo firmadas por el declarante, cuestión que ha llevado, por ejemplo, a contar con afidavits donde dos declarantes presentan declaraciones idénticas (Corte IDH, 2004, párrs. 36, 37, 73 e. y f., y 81). Por último, en el caso de las declaraciones que no son rendidas ante notario o algún otro fedatario, la contraparte ni siquiera tiene la posibilidad de saber si la declaración fue realmente rendida por quien dice haberlo hecho.

Es por ello que viene al caso señalar que en *Rodríguez Vera* se trasladó prueba contradictoria, y que la contradicción fue resuelta según lo que se afirmó en un afidávit. En efecto, en cierta prueba testifical trasladada se afirmaba que las imágenes de dos personas filmadas saliendo del Palacio de Justicia correspondían a dos presuntas víctimas, pero en otra se decía que correspondía a dos personas que sobrevivieron a los eventos del Palacio de Justicia (Corte IDH, 2014b, párrs. 277 y 280). La Corte desestimó esta última prueba, por el solo hecho de que la prueba contraria fue ratificada mediante meros afidavits (Corte IDH, 2014b, párr. 285).

Según se afirmó, *Rodríguez Vera* también se usan declaraciones trasladadas en conjunto con afidavits rendidos por las mismas personas cuya declaración se traslada (Corte IDH, 2014b, párr. 382, y notas al pie 385, 514, 652, 654), pero sin que se haga referencia explícita al concepto de la ratificación. No obstante esto último, es posible que en los afidavits se haya hecho alguna especie de ratificación de las declaraciones iniciales –atendido que el contenido de los afidavits ya no es resumido en la sentencia, como la Corte hacía originalmente, nos es muy difícil saber si ocurrió–. También sucede que, aunque algunos declarantes habían declarado por afidávit, se citan solo sus declaraciones ante los tribunales nacionales²³. En tales casos, es posible preguntarse por qué accedió la Corte a la presentación de afidavits.

procesal que afecte a la parte que presenta al testigo que se niega a responder las preguntas. Véase, v.gr., Corte IDH, 2012a, párr. 56.

23 V.gr. Ibid, notas al pie 351, 354 y 355. Llamaría la atención que los afidávits de los declarantes no se hubieran referido a los temas relevantes que estaban presentes en la prueba trasladada.

3.3. Criterios razonables en el traslado de la prueba

En el traslado de la prueba, así como en toda otra actividad, es necesario actuar sobre la base de criterios objetivos, pues lo contrario puede generar la impresión de arbitrariedad. Cuando existen varios medios probatorios sobre un mismo hecho, no sería presentable trasladar solo aquella prueba que se dirige a probar una versión de los hechos y no la que prueba la versión contraria, cuando un tribunal actúa de oficio.

Otra cuestión importante es analizar las pruebas en su contexto. En este punto es pertinente notar que la sentencia de *Rodríguez Vera* cita un extracto de la declaración de un testigo²⁴, recogido en una sentencia de tribunales internos, en vez de citar la declaración misma (Corte IDH, 2014b, nota al pie 385). El problema de citar este extracto, es que puede contribuir a tomar la declaración fuera de contexto. Además, no permite analizar el interrogatorio o contrainterrogatorio que haya hecho la contraparte. Por eso, más conviene trasladar la prueba completa, o dar por probados los hechos declarados por los tribunales internos, que tomar declaraciones que solo son citadas parcialmente. Por otro lado, llama la atención que la Corte afirme, respecto de declaraciones no trasladadas, pero invocadas por el Estado a partir del extracto de una sentencia nacional, que “Colombia no aportó dichas declaraciones al expediente, por lo que no puede verificar lo alegado”, a pesar de que la Corte sí contaba con la sentencia (Corte IDH, 2014b, nota al pie 578). El lector de *Rodríguez Vera* puede bien criticar esta inconsistencia entre el trato dado a una cita en relación con el trato dado a otra.

En el caso *Rodríguez Vera* se citan muchas declaraciones rendidas a nivel interno por algunos testigos, sin que éstos sean nuevamente citados a declarar en el procedimiento ante la Corte. Esto, a pesar de que las declaraciones de algunos de ellos sean particularmente relevantes. Lo más probable es que estas personas no fueron llamadas a declarar porque las partes no ofrecieron sus testimonios. Sin embargo, la Corte podría, en su facultad de ordenar de oficio la realización de ciertas pruebas, llamar a testificar a personas cuyos testimonios son citados reiteradas veces. Por ejemplo, la declaración de Orlando Arrachea, es mencionado en decenas de ocasiones, y es particularmente interesante, pues Arrachea niega haber sido objeto de tortura (Corte IDH, 2014b, 377 y 380). Sin embargo, no se le pide que declare ante la Corte IDH. En cambio, hay algunas personas que declararon ante la Corte (al menos mediante afidávit),

²⁴ Túlio Chirolla Escanio.

cuyas declaraciones fueron previsiblemente menos relevantes que las de otros testigos cuya prueba solo se trasladó.

La prueba trasladada puede presentar ciertas inconsistencias, como ocurrió con las declaraciones de Orlando Quijano en relación con el tiempo en el que estuvo detenido en un determinado lugar, y la calificación del trato que recibió (*Ibid.*, párrs. 378 ss.)²⁵. Este caso no es el primero en el que la Corte se enfrenta a ciertas inconsistencias en las pruebas rendidas **a nivel** interno, por ejemplo, esto ocurrió en el caso *Cabrera y Montiel vs. México* (Corte IDH, 2010, párrs. 113 ss.). Llama la atención que, a pesar de que las declaraciones de Orlando Quijano hayan sido inconsistentes, su testimonio en el procedimiento ante la Corte haya sido prestado mediante afidávit y no mediante testimonio presencial (Corte IDH, 2014b, párr. 378 ss.), puesto que la prueba rendida **a nivel** nacional hacía particularmente relevante que se le pudiera interrogar y contra interrogar.

Otro asunto que llama la atención es que la Corte trasladara una “declaración recibida bajo reserva de identidad por la Comisión de la Verdad” (Corte IDH, 2014b, párr. 380). Ello es inconsistente con la jurisprudencia de la Corte IDH, pues ella misma ha criticado el uso de testigos cuya identidad no pueda ser conocida (Corte IDH, 2014a, párr. 242). En efecto, ha expresado que “[l]a reserva de identidad del testigo limita el ejercicio [del derecho a interrogar testigos] puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada” (Corte IDH, 2014a, párr. 242). Por eso, no es adecuado que la Corte incurra en los mismos tipos de actuaciones que ella critica.

La prueba trasladada por la Corte IDH no solo cuenta con dificultades derivadas de su calidad de trasladada, sino que también padece de ciertos problemas de evaluación que tiene la Corte en materia probatoria en general. Por ejemplo, ella utiliza prueba testifical trasladada para probar la situación particular de cada presunta víctima, sin prestar mayor atención a si tales testimonios proceden de la misma víctima o de personas cercanas a ellas (Corte IDH, 2014b, párrs. 137 ss.). Al hacerlo, la Corte olvida que los testimonios de

25 En dicho caso, la Corte resolvió estas inconsistencias utilizando las mismas pruebas rendidas **a nivel** interno, así como ciertos criterios desarrollados por la Corte, como el decir que, según el Protocolo de Estambul, los sujetos suelen padecer una desorientación temporal y espacial mientras son objetos de tortura. *Ibid.* párr. 378.

parte deben ser mirados con recelo (en materia de prueba de la presunta víctima ante la Corte IDH, véase Paúl, 2016).

3.4. Traslados innecesarios

Según se afirmó previamente, la prueba trasladada presenta varias complejidades que exigen que su uso sea excepcional. Por ello, la Corte IDH debe evitar traslados innecesarios, como ocurre al trasladar declaraciones de personas que han rendido sus testimonios en audiencia ante la misma Corte, como se aprecia en algunas ocasiones en el caso *Rodríguez Vera* (v.gr., Corte IDH, 2014b, notas al pie 652 y 654). En tales casos, la Corte IDH debiera referirse exclusivamente a la prueba rendida en el proceso interamericano, pues ésta permite el contradictorio según los estándares procesales correspondientes. La principal excepción a esta norma se daría si se presentara la prueba rendida a nivel nacional para alegar la poca confiabilidad de un testigo, haciendo notar incoherencias que ésta pueda presentar si se le compara con la prueba rendida ante la Corte.

Sin perjuicio de lo recién señalado, si la Corte IDH se enfrentara a la necesidad de elegir entre el traslado de prueba rendida a nivel nacional, y la aceptación de prueba rendida por afidávit, mientras no se subsanen las deficiencias ya referidas sobre la prueba de afidavits, convendría que la Corte traslade la prueba rendida a nivel nacional –siempre que ella cumpla con los requisitos que debe tener la prueba trasladada–. Ello, porque dicha prueba habrá sido rendida en una fecha más cercana a la de la ocurrencia de los hechos, y se habrá llevado a cabo dando más garantías del contradictorio. Por supuesto que esta afirmación dependerá también de otros factores, por ejemplo, si se ha puesto en duda la actuación del tribunal nacional, o si se quiere que el testigo declare sobre hechos que no fueron analizados por el tribunal nacional.

También es innecesario trasladar medios probatorios que busquen probar detalles de algo que ha sido ya reconocido por el Estado. Esto ocurrió en el caso *Rodríguez Vera*. En él, el Estado había reconocido su responsabilidad por las torturas cometidas en contra de Yolanda Santodomingo Albericci y Eduardo Matson Ospino (Corte IDH, 2014b, párr. 21.a.i.), pero igualmente la Corte utilizó prueba trasladada para probar los tratos específicos sufridos por ellos (Corte IDH, 2014b, párr. 422)²⁶. Atendida la naturaleza excepcional del

²⁶ En este caso, estos hechos fueron dados por probados por declaraciones de las mismas víctimas, cuestión que muestra que la Corte usó un estándar probatorio mínimo o de simple posibilidad.

traslado de prueba, y que las violaciones estatales ya se encontraban aceptadas por el Estado, no era necesario realizar estos trasladados.

Conclusiones

Los temas probatorios no han sido desarrollados detalladamente por la Corte IDH, a pesar de que ésta suele llevar adelante una amplia labor probatoria. Por ello, este trabajo abordó brevemente el tema de la prueba trasladada, es decir, la prueba que, habiendo sido rendida en un proceso previo, es posteriormente presentada en un nuevo juicio. Esto es algo que la Corte IDH hace con bastante regularidad, pero que fue particularmente notorio en el caso *Rodríguez Vera y Otros vs. Colombia*. Es por ello que tomamos ese caso como punto de partida para hacer un análisis sobre la institución de la prueba trasladada.

Antes de entrar en el contenido de este trabajo, fue necesario referirse al carácter subsidiario de la Corte IDH, lo que implica que, en principio, ella no debe reemplazar la labor probatoria de los tribunales nacionales, a menos que haya motivos suficientes que lo justifiquen. Una vez hecho eso, este artículo profundizó en el concepto de la prueba trasladada y, particularmente, en sus requisitos. Esto último, por cuanto la prueba debe trasladarse solo en forma excepcional, cuidando de no afectar el principio del contradictorio. Para ello, por ejemplo, es necesario que la parte contra la que se presenta la prueba trasladada haya podido hacerle observaciones al momento de su producción.

Una vez examinado el marco teórico de la prueba trasladada, se hicieron algunos comentarios sobre el actuar de la Corte IDH en el caso *Rodríguez Vera*, donde ella hizo un amplio uso de prueba trasladada, sin sujetarse a ningún tipo de reglas para hacerlo. Por ejemplo, la Corte trasladó algunas declaraciones, sin tener en consideración que los autores de las mismas comparecieron posteriormente en el proceso ante la misma Corte. Este trabajo examinó el actuar de la Corte a la luz de los principios que deben regir el uso de la prueba trasladada. ■

Referencias bibliográficas

- Bovino, A., La Actividad Probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2005, 2, (3), 60-83.
- Carocca Pérez, Á. (1998). *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona: José María Bosch Editor - Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Carozza, P. G. (2003). Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. *The American Journal of International Law*, 97, 38-79.
- Carozza, P. G. (2016). The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions. *The American Journal of Jurisprudence*, 61(1), 51-67.
- Comisión IDH (1996). Caso "11.673 - Argentina", Informe, N° 39/96
- Comisión IDH (2003). 116/2001 - Óscar Cedeño González - Costa Rica, Informe de Inadmisibilidad, N° 86/03
- Contreras Rojas, C. (2015). *La Valoración de la Prueba de Interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons.
- Corte IDH (1988). Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Serie C N° 4.
- Corte IDH (1995). Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, Fondo, Serie C N° 22.
- Corte IDH (1999). Castillo Petruzzi vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 52.
- Corte IDH (2004). Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 114.
- Corte IDH (2005a). "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia (Caso de la), Sentencia, Serie C N° 134.
- Corte IDH (2005b). Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 135.
- Corte IDH (2006). Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 146.
- Corte IDH (2008). Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 192.
- Corte IDH (2009a). Reglamento de la Corte IDH, aprobado por la Corte IDH durante su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, entrado en vigor el 1 de enero de 2010.
- Corte IDH (2009b). Ríos y otros v. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 194.

Corte IDH (2010). Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 220.

Corte IDH (2012a). Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 257.

Corte IDH (2012b). Atala Riffó e Hijas v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 239.

Corte IDH (2012c). Luna López vs. Honduras, Resolución del Presidente (20 de diciembre).

Corte IDH (2012d). "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia (Caso de la), Supervisión de Cumplimiento (23 de noviembre).

Corte IDH (2012e). Suárez Peralta vs. Ecuador, Resolución del Presidente (20 de diciembre).

Corte IDH (2013a). Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (Caso de las), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 270.

Corte IDH (2013b). Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Resolución del Presidente (19 de febrero).

Corte IDH (2013c). Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 272.

Corte IDH (2014a). Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 279, párr. 242.

Corte IDH (2014b). Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 287.

Corte IDH (2014c). Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 286.

Corte IDH (2015a). Cruz Sánchez y Otros vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 292.

Corte IDH (2015b). Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 309.

Corte IDH (2016). I.V. vs. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 329.

Couture, E. J. (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Santiago: Thomson Reuters Puntólex.

- Devis Echandía, H. (2015). *Teoría General de la Prueba Judicial* (6th ed., Vol. I). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Leach, P., Paraskeva, C., & Uzelac, G. (2009). *International Human Rights & Fact-Finding. An Analysis of the Fact-Finding Missions Conducted by the European Commission and Court of Human Rights*. London: Human Rights & Social Justice Research Institute.
- Neuman, G. L. (2008). Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, 19, 101–123.
- Paúl, Á. (2016). La Declaración de la Presunta Víctima en Procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In J. Arancibia Mattar & A. Romero Seguel (Eds.), *La Prueba en la Litigación Pública*. Santiago: Librotecnia.
- Paúl Díaz, Á. (2006). *La Prueba Anticipada en el Proceso Civil*. Santiago: Lexis Nexis.
- Rodríguez Pinzón, D. (2001). The "Victim" Requirement, the Fourth Instance Formula and the Notion of "Person" in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 7(1), 1–16.
- Ruiz Chiriboga, O. (2012). Cláusulas Autónomas, Subordinadas e Incorporadas de Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano, en J. A. Mejía R. (Ed.), *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras* (pp. 175–218). Tegucigalpa: Editorial Casa San Ignacio - Guaymuras.
- Tribunal Europeo de DD.HH. (Servicio del Jurisconsulto). (2014). *Guía práctica sobre la admisibilidad*. (Ministerio de Justicia del Gobierno de España, Trans.). s.l.: Consejo de Europa. Retrieved from http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf

Estudio jurisprudencial constitucional sobre la libertad de expresión y prensa en Colombia: medios de comunicación, censura y autocensura¹

Constitutional jurisprudential study on freedom of expression and press in Colombia: media, censorship and self-censorship
Étude jurisprudentiel constitutionnel sur la liberté d'expression et presse en Colombie: moyens de communication, censure et autocensure

Estudo jurisprudencial constitucional sobre a liberdade de expressão e imprensa em Colômbia: meios de comunicação, censura e autocensura

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez* - FALTAorcid.org
José Fredy Aristizábal** - FALTAorcid.org

1 Este artículo de investigación es producto del proyecto denominado: "La constitucionalización y convencionalización del derecho en Colombia a partir de la promulgación de la constitución política de 1991", desarrollado por el investigador principal Paulo Bernardo Arboleda Ramírez y el coinvestigador José Fredy Aristizábal en el marco del Grupo *Orbis Iuris* de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, sedes Medellín-Pereira.

* Abogado por la Universidad de Medellín; Especialista en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia; y, Magíster en Derecho por la Universidad de Medellín. Docente Investigador Tiempo Completo, Facultad de Derecho, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, sede Pereira; Grupo *Orbis Iuris*. La filiación institucional con la cual se gestiona este artículo corresponde a la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, sedes Medellín-Pereira. Correo electrónico: paulo.arboleda@uam.edu.co

** Abogado por la Universidad Libre; Especialista en Derecho Laboral y Seguridad social; y, Magíster en Derecho por la Universidad de Manizales. Director de programa en Derecho. Facultad de Derecho, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, sede Pereira; Grupo *Orbis Iuris*. La filiación institucional con la cual se gestiona este artículo corresponde a la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, sedes Medellín-Pereira. Correo electrónico: jose.aristizabal@uam.edu.co

[FALTA](#) Cómo citar este artículo:

Recibido: 4 de noviembre de 2016.

Aprobado: 23 de mayo de 2017.

La libertad como originación o como causa se la llama libertad positiva, mientras que la libertad como autonomía se la suele llamar libertad negativa. Existe una conexión entre ambas, a saber, sólo existe la originación si existe la autonomía: sin autonomía ya no hay lugar para originar o causar, ya no puede darse la espontaneidad y con ella la agencia, por lo tanto la libertad negativa es una condición necesaria de la libertad positiva. Si existe la autonomía habrá lugar para que ocurra la originación, pero no es necesario que ésta ocurra como lo muestra el caso de la *akrasia*, por lo tanto, no basta la libertad negativa para que ocurra la libertad positiva (Villanueva, 2011, p. 299).

Resumen

En algunos Estados altamente garantistas, a la libertad de información y a la libertad de expresión, quizás por el temor de sus gobiernos a caer en cualquier tipo de censura, se le ha dejado un amplio margen considerativo respecto a su legislación al punto de creerse jurídicamente que se da un desequilibrio en su ejecución respecto de otra pluralidad de derechos fundamentales, enmarcados en el Debido Proceso

Palabras clave

Libertad de información, libertad de expresión, debido proceso, censura, democracia.

Abstract

In some States, which provide high protection of the right of information and freedom of expression, most likely out of fear of their governments falling into any form of censorship, there is a wide margin of consideration with regard to their legislation which has reached the point of creating the judicial belief that there is an imbalance in their execution with respect to another fundamental right, such as the right to Due Process.

Key words

Information freedom, expression freedom, due process, censorship, democracy.

Résumé

Dans certains États hautement garanties, la liberté d'information et la liberté d'expression, peut-être à cause de la crainte de leurs gouvernements de tomber dans

une forme de censure, ont laissé une grande marge de manœuvre concernant leur législation, au point de se croire juridiquement qui conduit à un déséquilibre dans son exécution d'accord d'autre pluralité de droits fondamentaux encadré dans le procédure régulière.

Mots clés

Liberté d'information, liberté d'expression, procédure régulière, censure, démocratie.

Resumo

Em alguns Estados altamente garantistas, à liberdade de informação e à liberdade de expressão, quiçá pelo temor de seus governos a cair em qualquer tipo de censura, tem-lhe deixado uma ampla margem considerativo com respeito a sua legislação no ponto de crer-se juridicamente que se dá um desequilíbrio em sua execução respeito de outra pluralidade de direitos fundamentais, enquadrados no Devido Processo.

Palavras-chave

Liberdade de informação, liberdade de expressão, devido processo, censura, democracia.

1. Introducción

A nivel global, quienes ejercen la libertad de prensa (siempre asociado a la libertad de información y la libertad de expresión) lo hacen bien sea a título institucional o en forma independiente, en el ejercicio de una profesión liberal como lo es el periodismo o bajo la directriz de un medio de comunicación. En la práctica, cada vez que los periodistas o un medio de comunicación sienten el más leve indicio de presión o censura, se acorazan bajo el manto del derecho fundamental a la “libertad de prensa”. Esta expresión, vista de esa manera, conlleva el desconocimiento que se tiene de las normas puesto que este derecho se esgrime más por un “consenso gremial” que por el conocimiento que se tenga de los dogmas constitucionales al respecto, de la doctrina, de la Ley, o de la reglamentación y la jurisprudencia que se ha generado sobre la libertad de información, libertad de expresión, libertad de prensa, censura a los medios de comunicación.

La transmisión de la noticia no siempre es pura y simple, es decir, limitada a describir lo sucedido; en muchas ocasiones la noticia va acompañada de la opinión de quien lo hace. Lo lógico sería que esta opinión fuese objetiva, sin embargo no siempre es así. El vivir en una sociedad que rememora siempre la frase de Plauto *“homo homini lupus”* (atribuida posteriormente a T. Hobbes) hace que, algunas veces, la información transmitida busque beneficiar o perjudicar intereses individuales o grupales.

En algunos Estados altamente garantistas, a la libertad de información y a la libertad de expresión, quizás por el temor de sus gobiernos a caer en cualquier tipo de censura, se le ha dejado un amplio margen considerativo respecto a su legislación. Al respecto Victoria Camps Cervera (Camps Cervera, 2008) encuentra que:

En conjunto, sin embargo, hay que reconocer que la legislación deja un amplio margen a la discrecionalidad con respecto a los límites de la libertad de expresión. No todo vale, pero casi todo vale. El temor a recortar en exceso las libertades, la confusión de la censura incluso con cualquier forma de crítica o desautorización de los medios, lleva a una conclusión obvia. Es la siguiente: vale todo aquello que no es literalmente “de juzgado de guardia”. Nada que no pueda ser objeto de querella judicial merece ser reprobado como un uso ilícito o incorrecto de la libertad de expresión (p. 394).

Existe incluso la convicción, entre muchos juristas, que esa libertad de información, en la forma constitucional planteada ha generado un desequilibrio en su ejecución respecto de otros derechos fundamentales (entre otros a la dignidad, al buen nombre, a la presunción de inocencia, al debido proceso).

Irónicamente la censura es una amenaza tanto para los régimes totalitarios como para las sociedades con tradición democrática; para los primeros porque la información sin control fortalecería el ejercicio de sus contradictores, para los segundos, de otro lado, porque el exceso de los medios ha llevado a que en no pocas oportunidades sean atropellados derechos ciudadanos, precisamente por el temor a regular el ejercicio de los medios.

Y es que el ejercicio de la libertad de información y la libertad de expresión suscitan tensión con el ejercicio de otros derechos protegidos en normas internas e incorporadas a los bloques de constitucionalidad de los países democráticos. Esta tensión, si no se soluciona de manera integral, deja insatisfechos a muchos que quedan con la sensación de que la balanza de la ponderación se ha inclinado en favor de la libertad de expresión, como primacía social, en perjuicio de derechos individuales.

La libertad, de origen constitucional y prácticamente absoluta de los medios de comunicación en las sociedades democráticas, no siempre es bien utilizada, convirtiéndose el Estado y sus funcionarios en el blanco que vende y eleva el rating, además porque también se puede “conducir” la opinión pública en determinado sentido.

2. La responsabilidad de los medios de comunicación y la censura

En los últimos tiempos hay una sensación generalizada de que vivimos en una sociedad gobernada por funcionarios corruptos, sin principios ni valores, una sociedad en la que quien se dedica a la política lo hace buscando el beneficio personal y no el social como debería ser, que quienes gobernan lo hacen sin escrúpulos y sin moral. Detrás de esta concepción hay mucha verdad, pero también lo es que hay intereses ocultos en mantener esta sensación, intereses que por lo general provienen de aquellos que aspiran tener una parte del poder que otros “disfrutan”. Aunque no se puede desconocer el ejercicio de control

social de los medios de comunicación, es indudable “la contribución” de han tenido, voluntaria o involuntariamente, en ayudar a sembrar esta sensación cuyas consecuencias aún están por llegar, ya que no se ha previsto la magnitud de una posible reacción social en masa y que fácilmente podría conducir a la anarquía y al caos mundial.

La pugna por el poder político no es ajena a los medios de comunicación, allí se replican algunos pronunciamientos, con fines diferentes a comunicar, que hacen personas o grupo sociales cuyos intereses primarios son los de constituirse en opción “diferente” de gobierno. Grupos sociales que se han apropiado de algunos medios para que estos faciliten su ascenso o conservación del poder político y económico.

Los medios han llegado incluso a manipular el sentimiento social que percibe como crecen ciertos flagelos en la sociedad. Un caso concreto es la corrupción, detectada en muchas oportunidades por las mismas instituciones del Estado, en otra por las veedurías ciudadanas y en otros casos, se reconoce que no son pocos, por el ejercicio investigativo de los medios. Es claro que la lucha contra este flagelo debe darse sin cuartel, pero lo que preocupa de estas investigaciones y denuncias, es que sean comunicadas con términos que generalizan, alimentando la percepción social de vivir en una sociedad en decadencia, situación que no deja de preocupar porque acrecienta la idea del Estado fallido. En qué puede desembocar esta sensación? Francis Fukuyama, investigador norteamericano se ha pronunciado reiteradamente sobre este tema, convirtiéndose en referente para muchos otros investigadores en el planeta. Uno de ellos es José M. Domínguez Martínez, quien al respecto mencionó lo siguiente:

A partir del uso de los indicadores económicos básicos se pone de relieve cómo el tránsito hacia un estado administrativo más moderno ha ido en paralelo a un enorme crecimiento del tamaño del sector público. Pese a algunas expectativas, el “big government” parece muy difícil de replegar, por lo que vuelve a plantear la doble perspectiva del alcance y de la calidad de las intervenciones. Para Fukuyama, el declive en la calidad del sector público estadounidense está enraizado en el hecho de que Estados Unidos se ha convertido en un estado de “tribunales y partidos”. Los primeros, en lugar de ser unas restricciones para el gobierno, se han convertido en instrumentos alternativos para su expansión. Por otro lado, la crisis de representación va unida al excesivo protagonismo de los grupos de interés. Hay demasiada ley y demasiada democracia en relación con la capacidad

del estado, concluye el pensador estadounidense, para quien el estado de su país se ha repatriomonializado en la segunda mitad del siglo XX. El hecho de que un grupo proclame que actúa en pro del interés público no significa que realmente responde a esa motivación (2016, p. 55).

Concretamente y enlazando el comentario anterior con el papel que cumplen los medios de comunicación, Fukuyama declaró para el diario argentino *La Nación*, lo siguiente:

Al leer sus textos, no se observa que usted considere el sistema de medios de comunicación imperante en un país un factor clave para analizar su salud o potencial declive político. ¿Es correcto?

- Es cierto que no me he extendido mucho sobre eso, pero sí creo que el declive político de un país y su sistema de medios están relacionados. Entre otros motivos y en el caso de Estados Unidos, porque con la expansión de nuevos medios se exacerbó el aislamiento de visiones políticas, a tal punto que hoy la audiencia puede sólo escuchar a medios de derecha o de izquierda que sirven a sus propios intereses, sin necesidad de prestar atención a quien piensa distinto. Esto lleva a que hoy sea posible encontrar no sólo una interpretación diferente sobre los mismos datos, sino incluso la difusión de distintos datos según cuál sea el medio. ¿Resultado? Por ejemplo, que más de la mitad de los republicanos no cree hoy que haya un sustento científico real detrás de las alertas sobre el calentamiento global. Dicho de otro modo, creo que la expansión en el número de medios de comunicación no implicó una mejoría en su calidad. Todo lo contrario. Y eso es un problema (2014).

Los damnificados en este ejercicio comunicacional, con el desequilibrio normativo mencionado (libertad de expresión, debido proceso), son los órganos del poder público y las personas (funcionarios) que trabajan para él.

Se trae a relación el pronunciamiento que, acerca del buen nombre de un funcionario, trae la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-442 de 2011 en los siguientes términos:

La distinción entre los ámbitos protegidos del buen nombre y la honra tiene repercusiones en cuanto a las conductas restringidas en aras de su protección. En la mencionada sentencia C-489 de 2002 la Corte precisó que “el derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una

persona, se lesionan por las informaciones falsas o erróneas que se difunden sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo". Ello implica que la afectación del buen nombre se origina, básicamente, por la emisión de información falsa o errónea y que, a consecuencia de ello, se genera la distorsión del concepto público. || Por el contrario, la honra se afecta tanto por la información errónea, como por las opiniones manifiestamente tendenciosas respecto a la conducta privada de la persona o sobre la persona en sí misma. No es necesario en este caso, que la información sea falsa o errónea, se cuestiona la plausibilidad de la opinión sobre la persona:

Exigir por parte de los comunicadores que el funcionario, por ejemplo, cuestionado por una acción u omisión, deba renunciar y de paso crear una sensación social que pone en entredicho la ética y moralidad de este, es presumir su culpabilidad y no su inocencia como debería de ser, aunado a ello sin que tan siquiera el funcionario haya tenido un mínimo de garantías y derechos procesales (debido proceso).

La norma constitucional que presume la inocencia y de paso brinda garantías para un debido proceso, no hace excepción respecto de la calidad de ciertos ciudadanos, es decir, no se excluye de ella a los funcionarios del poder público. Es precisamente sobre este punto que se crea una tensión entre la libertad de prensa (información, asociada a la libertad de expresión) y el Debido Proceso, ya que los comunicadores consideran que el funcionario, por la investidura propia del cargo, está excluido de este ejercicio constitucional garantista, amén de considerar que no hay restricción alguna al ejercicio periodístico, pues la misma constitución política estableció en el artículo 20 que "...no habrá ningún tipo de censura".

No cabe duda que parte de esas ideas que transmiten los medios de comunicación, de administración inoperante, de lentitud, de corrupción, sean ciertas y debería afrontarlo la sociedad con los cambios que se requieran, pero ese poder no debe ser desmedido, y mucho menos obedecer a intereses diferentes a los de informar y hacer el control social respectivo.

La situación ha llegado incluso hasta el cuestionamiento, por parte de los medios, de los funcionarios del poder judicial, exigiéndoles incluso que priven de la libertad a una persona, siendo los funcionarios los predilectos para que se tome esta singular medida, sin que haya mediado proceso judicial alguno o tan siquiera exista indicio grave. Al respecto se ha pronunciado una de las personas con autoridad doctrinal y de reconocida trayectoria pública, Alfonso

Gómez Méndez (2013), quien escribió lo siguiente en su columna Atalaya, en el periódico EL TIEMPO:

Si la opinión pública –influenciada por los medios– ya ha fijado una posición, es bastante probable que desde la audiencia de imputación se prive de la libertad al acusado, argumentando que representa un peligro para la sociedad y que su permanencia en libertad –sobre todo cuando se trata de ex funcionarios públicos– le facilita manipular pruebas y obstruir la justicia.

Sin estudios sicológicos, estadísticas ni dictámenes científicos, los jueces se limitan a decir que el procesado representa un “peligro social” y que debe estar no en su casa sino en una cárcel, mientras se determina si es culpable o inocente. Las incongruencias son manifiestas. Ha habido casos de extorsionistas y paramilitares con beneficio de detención domiciliaria. Y otros –a los que los medios no les hacen seguimiento– de ciudadanos del común que están presos mientras les deciden su culpabilidad por delitos infinitamente menores.

Es posible que, al finalizar el proceso judicial, un funcionario sea hallado culpable, como lo había predicho el medio de comunicación, pero también es posible que no sea hallado culpable. Sin importar el resultado, el daño hecho al Deusto Proceso se configuró y los efectos de ese daño afectan a las personas involucradas y lesionan las estructuras del estado, a la rama judicial y al poder legislativo, es decir, se resquebraja la democracia porque se genera desconfianza en los estamentos de gobierno, en sus gobernantes y crea la sensación de vivir en una sociedad descompuesta. Sobre el asunto, la Corte Constitucional señala:

Resulta de gravedad extrema olvidar, en aras de un mal entendido concepto de la libertad de información, el impacto que causa en el conglomerado una noticia, en especial cuando ella alude a la comisión de actos delictivos o al trámite de procesos penales en curso, y el incalculable perjuicio que se ocasiona al individuo involucrado si después resulta que las informaciones difundidas chocaban con la verdad de los hechos o que el medio se precipitó a presentar públicamente piezas cobijadas por la reserva del sumario, o a confundir una investigación con una condena (...). No puede sacrificarse impunemente la honra de ninguno de los asociados, ni tampoco sustituir a los jueces en el ejercicio de la función de administrar justicia, definiendo quiénes son culpables y quiénes inocentes, so pretexto de la libertad de información (Sentencia T-512 de 1992).

Es decir, si amparados en la libertad de prensa (información- libertad de expresión), el comunicador califica la conducta del funcionario sin una verificación previa de los hechos y las circunstancias, es sembrar, en el imaginario de quienes reciben la noticia, la idea falsa de culpabilidad, de corrupción, de inmoralidad no solo del funcionario cuestionado, sino de la entidad para quien labora y del aparato estatal.

Además, no es el cuestionado quien debe probar su inocencia, puesto que la premisa constitucional del derecho al Debid Proceso presume la inocencia en forma generalizada y sin excepciones. Este derecho fundamental es la base de toda actuación procesal (judicial y administrativa), que una vez finalizada determinará si hay responsabilidad del funcionario.

Ahora bien, ¿por qué el comunicador califica la actuación o la omisión de un funcionario? Lo hace bajo el amparo constitucional a la libertad de expresión, sin embargo ha quedado desbordado y sin control aquel tipo de periodismo que desplazó a un segundo plano la actividad informativa y de control social, para convertirlo en una razón social empresarial cuyo principal producto es la información.

El hecho de que la información se produzca por una empresa hace que cobren importancia en ese “proceso productivo” las leyes del mercado, donde la información es relegada o en el mejor de los casos puesta al mismo nivel de lo que busca un proceso productivo, generar utilidad. En nuestros sistemas económicos, las leyes del mercado son agresivas, al punto de eliminar aquellas que son “débiles” competitivamente hablando. En esa carrera, por ser los primeros en el “mercado de la información”, ya no es tan importante la función primigenia que es la de informar para formar, aquí lo importante es cautivar al consumidor de la información, sin importar como se llega a ello, dejando en un lugar secundario la verdad, la ética y la justicia.

Es frecuente que los comunicadores, en esta carrera de fidelización, buscando también aumentar el rating, emitan informaciones falsas que comprometen, social y públicamente, el buen nombre y dignidad de una persona. Al respecto, se observa:

A los medios, además, se los acusa de mentir, manipular, tergiversar y ejercer la condena pública, y todo sin el menor reproche de conciencia; es decir, sin respetar criterios éticos de la profesión. Estas faltas de ética afectan a la credibilidad de los medios y de los periodistas y generan rechazos, tal como

quedó demostrado en España, donde el grito de «¡Televisión, dimisión!» era entonado durante las protestas contra la guerra en Irak, al pasar los manifestantes delante de las cámaras de los telediarios (Latorre, 2016).

Reiteramos que la sociedad democrática se resquebraja con estos excesos cuando la Libertad de Expresión, directa o indirectamente, es usada para alimentar odios o exclusiones individuales y grupales.

Un ejemplo de esto es lo ocurrido en Francia, donde un grupo fundamentalista acabó con la vida de varios comunicadores del periódico *Charlie Hebdo*. Allí, las opiniones también, como en otros casos similares, quedaron divididas entre los que defienden a ultranza la libertad de expresión y quienes consideraron que el semanario humorístico incurrió en ofensas a la comunidad musulmana. Sin embargo, los medios de comunicación deben tener clara la responsabilidad social que trae su ejercicio y que cualquier irrespeto puede incitar a la violencia, siendo esta reprochable y jamás justificable en cualquiera de sus formas. Sobre estos excesos, el maestro del periodismo colombiano, Javier Darío Restrepo contestó a una pregunta que le hizo su colega Gonzalo Escobar en el consultorio ético de la Fundación para el Nuevo Periodismo Iberoamericano FNPI:

La Corte Suprema condenó a 18 años de cárcel a un forista que, al comentar una noticia, trató de rata a una funcionaria a la que acusó con términos gruesos. De inmediato vino la defensa del forista y la acusación contra la Corte bajo el cargo de violación de la libertad de expresión. ¿La libertad de expresión puede amparar las agresiones y las acusaciones infundadas? Gonzalo Escobar M. Periodista independiente Cali, Colombia

R.- No hay libertad para agraviar ni para calumniar. En nombre de la libertad de trabajo no se puede condenar al policía que detiene a un ladrón, ni es sagrada la libertad para divertirse de quien atruena con un equipo de sonido a la media noche y al frente de un hospital. Son ejemplos extremos para subrayar que no hay derechos absolutos, y que la libertad tiene sus límites. En uso de su libertad, ni un ciudadano cualquiera, ni un periodista pueden utilizar los medios de comunicación para agraviar ni para calumniar. Si se acepta que mi derecho llega hasta donde comienza el derecho ajeno, mi libertad de expresión tiene un límite que me impide convertir los medios de comunicación en instrumentos ofensivos.

Este es el fundamento moral de las normas que imponen algunos respetables medios de comunicación a los foristas registrados en sus espacios web. Por ejemplo, el diario *Le Monde*, de París, notifica a sus foristas, que pueden moverse en su espacio de opinión pero limitados por unas normas de respeto a las personas. Esas normas son, a su vez, una expresión menos severa de las que rigen para los periodistas que escriben en sus páginas. Sin embargo, es un periódico que defiende, como todos los periódicos, la libertad de expresión y que sabe, porque conoce muy bien su naturaleza, que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Quedaría por estudiar, en el caso propuesto, si la protección de la funcionaria agredida por el forista, es asunto de la Corte o del periódico propietario del espacio. Si lo podía y debía hacer el periódico, la Corte incurrió en un exceso superfluo, salvo que se quiera crear, además de una jurisprudencia, un saludable hecho pedagógico. Pero ese es otro tema (2014).

Se ha reiterado en este escrito que en ejercicio del Derecho a la libertad de prensa (información asociada a la libertad de expresión), concretamente en un proceso informativo de los medios, se puedan ver afectados derechos fundamentales de las personas, muchas veces en cabeza de funcionarios. Y el debate surge en torno a la primacía de derechos sociales versus derechos fundamentales o cuando prima el interés general sobre el particular. Sin embargo, lo que incomoda es el interés, poco claro, y un estilo amarillista con que los medios lo hacen.

Como una conducta reiterada, los medios de comunicación confunden la investigación que se anuncia contra una persona con la responsabilidad que pueda o no tener en la comisión de la conducta investigada, lo que implica por ende la vulneración de derechos fundamentales como a la presunción de inocencia. Así lo considera igualmente la corte constitucional quien en diversos pronunciamientos jurisprudenciales ha reiterado que el derecho a informar no significa que se puedan por ello desconocer las garantías constitucionales de las personas.

En tal sentido, una noticia no puede adelantarse a los resultados de una investigación judicial, pues se presentaría un desbalance entre la equidad de la información emitida y la recibida que vulnera inevitablemente derechos como la honra y el buen nombre. En suma, resulta de gravedad extrema olvidar, en aras de un mal entendido concepto de la libertad de información, el impacto que causa en el conglomerado una noticia, en especial cuando ella alude a la comisión de actos delictivos o al trámite de procesos penales en curso, y

el incalculable perjuicio que se ocasiona al individuo involucrado si después resulta que las informaciones difundidas chocan con la verdad de los hechos o que el medio se precipitó a presentar públicamente piezas cobijadas por la reserva del sumario, o a confundir una investigación con una condena. No puede sacrificarse impunemente la honra de ninguno de los asociados, ni tampoco sustituir a los jueces en el ejercicio de la función de administrar justicia, definiendo quiénes son culpables y quiénes inocentes, so pretexto de la libertad de información (Sentencia T-040 de 2013).

En los últimos años se ha vuelto frecuente criticar al funcionario judicial, quien en su actuar, ceñido a la norma, es sometido a la palestra pública bajo insinuaciones de moverse por intereses ajenos a su función, es decir dejando en el aire una sensación de corrupción en su decisión. Como ejemplo de ello es la decisión del funcionario judicial de dejar en libertad a personas que han sido capturadas y sobre las que prácticamente no hay duda de que cometieron un hecho ilícito, pero la decisión de dejarlos en libertad se fundamenta en que la captura se realizó sin el cumplimiento de los preceptos legales. Otro ejemplo es en aquellos casos en los que el condenado ha cumplido una parte de la pena y solicita al juez correspondiente determinado beneficio legal, baste decir que de no brindársele este beneficio al solicitante, el operador judicial será sujeto de investigación disciplinaria. En los dos ejemplos, como en muchos otros que podrían ilustrar la situación, la comunidad no es informada integralmente, ya que ello bajaría la sensación que buscan los medios al generar la noticia.

Estos preceptos legales son en gran parte desconocidos por el ciudadano, pero mediante una noticia distorsionada o mal intencionada, se fija en el receptor la idea de que el funcionario judicial que obró de esa manera es corrupto, cuando precisamente este actuó conforme lo estableció el legislador en la norma positiva.

Sobre este particular, se trae a colación:

Más perniciosa es la tendencia de ciertos periodistas a asumir el papel de jueces. Sin perjuicio de la meritoria labor de las unidades investigativas de los periódicos que suministran luego informaciones útiles a los jueces, no es conveniente para un sistema democrático que los periodistas quieren reemplazar al juez en su labor de búsqueda de la verdad. Y esa perversión es mayor cuando el comunicador recibe información de una de las partes, y la presenta fuera del contexto del proceso como la verdad que el juez o fiscal no quiso ver. Son verdaderos alegatos de abogado en los cuales se pone en

duda la forma como el funcionario recogió o evaluó las pruebas. En estos casos el periodista casi siempre de buena fe puede resultar manipulado por su fuente (El Tiempo, Gómez, 1999).

De otra los medios los medios de comunicación saben interpretar el sentimiento de la sociedad. Algunos estudiosos de este tema han empezado a llamar esas actuaciones periodísticas como juicios mediáticos, porque los medios con este proceder exponen socialmente a las personas, cuando previamente ya se han generado múltiples noticias con un alto componente de calificación de la actuación u omisión del funcionario quedando en el subconsciente del receptor la idea de una actuación indecorosa, inmoral y corrupta.

Es interesante ver cómo en otros países, como en Estados Unidos, Alemania, Gran Bretaña, España, donde se presenta esta misma situación, se viene hablando de regulación, autorregulación, códigos éticos y otras formas de ponderar esta tensión de derechos. Sin embargo, el mecanismo de defensa de los medios de comunicación frente a cualquier intento de regulación es acusar de censura a quien lo intente.

3. La censura

En la gran mayoría de las constituciones de los países con tradición democrática se consigna que, en relación con la libertad de prensa (información asociada a la libertad de expresión), no habrá censura.

La censura, como tal, se puede presentar en varias formas, tipos o fuentes.

La palabra censura, de acuerdo con la RAE, es la “intervención que practica el censor en el contenido o en la forma de una obra, atendiendo a razones ideológicas, morales o políticas”. Esa intervención se materializa con la supresión parcial o total de la noticia, obedeciendo bien sea a intereses estatales o particulares y bajo el supuesto de tener un contenido, expresiones o fines dañinos a la institucionalidad, a la sociedad o a alguien en especial. De modo que, de acuerdo con su origen, la censura puede ser pública (estatal), privada, directa o indirecta.

La literatura también habla de una censura previa, lo que presupone la existencia de una censura posterior. Sin embargo, la definición de censura remite exclusivamente al tiempo previo a la emisión de la noticia. Censura es evitar, coartar, limitar la noticia (Ayala; Duque & Hurtado, 2006). Por la misma razón, el hecho de haberse emitido la noticia permite concluir que esta no fue objeto de censura, es decir, no tiene sentido hablar de censura posterior. Por esta razón, es redundante hablar de una censura previa.

Después de la emisión, se puede hablar de los efectos de la noticia en la opinión pública, pero no de censura, puesto que ya el mensaje fue liberado en la sociedad, de modo que el periodista puede ser acusado de injuria o de calumnia y puede ser obligado a rectificar públicamente, en caso de que se demuestre que su información fue falsa.

3.1 La autocensura

Como caso particular de censura, el origen de esta puede ser el mismo emisor de las noticias o las informaciones, lo que se llama *autocensura*.

La autocensura es matizada con el nombre de “autocontrol”, que puede obedecer a una mirada introspectiva del comunicador que sabe de la responsabilidad social que tienen los medios de comunicación, por la forma en que pueden afectar la sociedad. La autocensura se puede dar por diversas razones:

1. Por temor del comunicador a que al emitir una noticia pueda comprometer la integridad profesional, moral o física propia, de sus fuentes o la de un tercero mencionado directa o indirectamente.
2. Por el temor que generan las normas que protegen otros derechos fundamentales y que se pueden ver vulneradas con la divulgación de la noticia.

La autocensura, puede ser directa o indirecta; de fondo o de forma.

Directa. Cuando quien toma la decisión de intervenir la noticia modificándola o suprimiéndola es el comunicador mismo o el medio de comunicación para el que trabaja.

Indirecta. Cuando la decisión de modificar o suprimir la noticia se toma por la intervención de un tercero.

De fondo. Cuando en la noticia se suprime una palabra, una frase, un párrafo o el texto completo.

De forma. Cuando se trata de modificar el lenguaje o el estilo empleado por el comunicador, lo que puede “suavizar” la noticia o modificarla.

En declaración rendida por el presidente de la FLIP, Pedro Vaca, al diario *El Tiempo*, en la columna denominada *Intimidación y Autocensura, los riesgos de ser periodista en Colombia*, el día 06 de febrero de 2015:

La violencia, sumada a la presión de la pauta publicitaria oficial también han instaurado una atmósfera de autocensura en la cual los periodistas conocen de muchos hechos pero evitan abordar temas o que los pongan en peligro o les impliquen una consecuencia en disminución de ingresos por pauta. En las capitales se presentan restricciones puntuales de obstrucción, detenciones arbitrarias o robo de cámaras en situaciones de conflictividad social como cubrimiento de protestas sociales.

4. Otra forma de regulación

Otra forma de “regulación” es el *periodismo cívico*. El término fue acuñado por los seguidores de la corriente de pensamiento del filósofo John Dewey y de los seguidores de Walter Lippman, antagonista intelectual del primero. Al respecto destacamos el estudio realizado por Ana María Miralles Castellanos (2004), quien escribió:

Los propósitos del periodismo cívico giran en torno a la idea de reconectar a los ciudadanos a la vida pública, potenciar la capacidad de deliberación de la ciudadanía, ofrecer información con miras a la participación, apoyar los procesos ciudadanos con un buen cubrimiento y especialmente un adecuado seguimiento, dar elementos para la creación de capital social, al tiempo que pone a los medios en calidad de actores y promotores del diálogo social. Todo ello sin favorecer una solución o un interés particular. De forma particular, distingue entre audiencias y públicos, entre lectores y ciudadanos (p. 12).

Algo semejante ocurre con las plataformas independientes, como las Web blogs, que sirven al periodismo independiente puesto que estas estructuras

mediáticas, en términos generales, son ajenas a los intereses que profesan los grupos económicos, propietarios de los medios masivos de comunicación. Los Blogs han encontrado que la objetividad no proviene del periodista sino de los métodos que utiliza. El periodismo independiente, lejos de ser una amenaza para el periodismo lo fortalece, pues genera una competencia en la que la ética y los valores sociales están en el centro de la actividad informativa, lo que refresca la actividad de los medios. Thomas Kent (2015) ilustra este tipo de periodismo de la siguiente manera:

En el Reino Unido, la Organización Independiente de Estándares de la Prensa (Independent Press Standards Organization), agrupa a miles de medios impresos y on-line y actúa como un organismo regulador completamente independiente del gobierno; está habilitado para exigir la publicación de correcciones, multar publicaciones y curiosamente, puede incluso actuar previo a la publicación de un material. Asimismo, el Consejo de la Prensa en Holanda (Netherlands Press Council) es un organismo independiente que se adjudica disputas y actúa como mediador entre la prensa y el público. No obstante, no puede imponer multas u obligar a una publicación censurable a difundir su veredicto. La Comisión de Quejas de la Prensa Noruega (Norwegian Press Complaints Commission), entidad creada específicamente para impedir la regulación por parte de los gobiernos, tampoco puede imponer multas, sin embargo, puede exigir a sus periódicos y organismos de radiodifusión miembros que publiquen sus veredictos. La Red Ética de Periodismo ha creado un listado de conceptos para entidades de autorregulación. Y luego, están los países con órganos regulatorios industriales o leyes específicas para regular los contenidos de la prensa. El gobierno de los Estados Unidos y la opinión pública por lo general emplean con la prensa el mismo enfoque que con los otros sectores de la economía: dejar que éstos sean regulados por las fuerzas del mercado.

Estas fuerzas del mercado pueden ser considerables. Cuando se han desatado escándalos en la prensa estadounidense, las empresas han reaccionado rápidamente a objeto de evitar el boicot de los anunciantes y los consumidores de noticias. Cuando los ciudadanos se unen para crear un poder económico significativo se requiere de menos regulación gubernamental. La industria de la crítica periodística de los Estados Unidos en las redes sociales también es grande y poderosa (pp. 32-33).

Asimismo, Kent señala que es necesario códigos de ética para evitar censuras sobre los medios por parte de los sectores privados y públicos:

La clave para evitar el control arbitrario sobre los medios – de los gobiernos o las entidades privadas- es que existan códigos éticos claros, difundidos en los medios de prensa y que estén a su altura.

La Asociación de Noticias Online ha colaborado activamente con la prensa y ha ayudado a los nuevos profesionales del periodismo a crear dichos códigos. La Organización de Noticias Ombudsmen (Organization of News Ombudsmen) presta asesoría a defensorías del pueblo para que puedan cumplir con esta tarea. No cabe duda de que mientras más asuma la prensa la responsabilidad de sus propias acciones, menos posibilidades tendrán los gobiernos de justificar la creación de sistemas para el control de los medios de comunicación (2015, p. 34).

4.1 La regulación por el Estado

Es tan grande el poder de los medios de comunicación que, en muchos países democráticos, la regulación a los medios de comunicación es casi nula por el temor a que cualquier ejercicio sea considerado como censura. Thomas Kent dice al respecto:

Algunos gobiernos están claramente avocados a la democracia y la libertad de expresión. Estos gobiernos administran sus leyes de prensa con sumo cuidado, procurando interferir sólo cuando es estrictamente necesario. Existen, por otra parte, los gobiernos cuya preocupación principal es su propio poder. Si damos una mirada global, existe un número no menor de gobiernos que regulan la prensa con las mismas herramientas que utilizan para poner en vigor su voluntad en otras esferas: el poder para multar, el poder para confiscar, el poder para prohibir, el poder para encarcelar (2015, p. 47).

Casos como el que menciona Kent se dan en algunos países en los que la democracia ha sido criticada porque existen leyes que “regulan” el derecho a la información y la libertad de expresión. Uno de esos países es Ecuador, donde el enfrentamiento permanente del Estado con los medios de comunicación derivó en la decisión de promulgar una ley que permite investigar a los medios y a los periodistas por los supuestos excesos cometidos en su ejercicio profesional. La Ley Orgánica de Comunicación generó todo tipo de controversias que colocaban a unos en defensa de la norma y a otros en contra. Entre los detractores del gobierno actual, esta norma recibió el nombre de Ley Mordaza.

Hay en Ecuador un órgano que vigila las comunicaciones, que es la Superintendencia de la Información y la Comunicación. Esta entidad del Estado se encarga de recibir y tramitar las quejas contra medios de comunicación o los periodistas, y también tiene la potestad de iniciar oficiosamente contra estos las investigaciones que considere pertinentes. Es decir, el Estado, a través de esta figura, actúa como juez y parte. Por este motivo, Romo, Delgado y Sevilla (2016) dicen lo siguiente: “De todos los casos de procesos que terminaron en sanción, solo uno corresponde a un medio público, mientras las otras 142 sanciones fueron impuestas a medios privados” (p. 18). Al respecto, nuevamente es pertinente citar a Kent:

En este contexto, cabe preguntarse, antes de crear nuevos sistemas gubernamentales de control, si las leyes existentes, debidamente puestas en vigor, pueden lidiar con cualquiera de los problemas que existen en la actualidad. La mayoría de los países ya cuenta con una legislación en delitos de difamación y calumnia, incitación a la violencia, invasión de la privacidad, fraude y restricción del comercio. ¿Qué problemas existen hoy día que la actual legislación no aborda? ¿Y, cuál es la regulación mínima que podría abordarlos? (p. 48).

El problema, como se observa, no es sencillo, puesto que fácilmente se podría llegar al otro extremo, es decir a crear una “mordaza” a los periodistas mediante un control ejercido por quienes suelen ser el blanco de su actividad informativa.

4.2 Sobre el derecho de réplica

Kent encuentra que una forma de regular la actividad informativa es mediante el derecho de réplica, con el cual los afectados por una información periodística tienen derecho a responder, y que su respuesta sea publicada en el mismo medio en que fue difundida la noticia.

Pero, cuando el gobierno se plantea regular los medios, también deberíamos preguntarnos: ¿Qué hará el gobierno en favor de la prensa? ¿Serán las nuevas regulaciones administradas por un directorio independiente, libre del control político? ¿Se pondrá término a la censura previa en las publicaciones? ¿Prometerá el gobierno subvencionar licencias para la difusión en los medios de manera ágil y ecuánime? ¿Garantizará el gobierno la integridad física de sus periodistas? ¿Distribuirá el gobierno publicidad

oficial, cualquiera sea el color político de la publicación? ¿Pondrá el gobierno la documentación oficial a disposición de los periodistas para su investigación? ¿Protegerá el gobierno las publicaciones de eventuales interferencias arbitrarias, con móviles políticos, por parte de políticos y jueces que quieren evitar la difusión de historias o que otros las han sacado de sitios web? (2015, p. 51).

Ahora bien, cabe preguntarse por los reguladores posibles, puesto que el Estado suele ejercer un papel dictatorial sobre los medios. Al respecto, Kent señala que hay países que han regulado sus medios periodísticos sin participación del gobierno.

4.3 La regulación jurisprudencial

Carecería de cualquier objetividad el que sea el poder público quien controle los medios en el contenido de la información, puesto que el Estado suele ser la fuente principal de información pública. Del mismo modo, la regulación tampoco pueden hacerla los medios de comunicación, pues estos son parte del problema. ¿Quién entonces? Una solución puede ser un grupo ciudadanos de reconocida transparencia, pulcritud, objetividad y de amplio conocimiento en lo periodístico y en lo social quienes escriban un código de ética periodística, como una especie de constituyente que defienda la sociedad democrática, el Debido Proceso y la Libertad de Información.

La Corte Constitucional encuentra lo siguiente al respecto:

EXPRESION-Fundamentos de justificación de su protección reforzada en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales Este lugar privilegiado de la expresión dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, así como el grado reforzado de protección que se le otorga en cada uno de ellos, se justifica –principalmente- con cinco tipos de fundamentos: (1) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad, (2) razones derivadas del funcionamiento de las democracias, (3) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual, (4) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad, y (5) motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera (Sentencia T-391, 2007).

En la misma sentencia se establece que:

La Corte Constitucional ha adoptado esta justificación para la protección de la libertad de expresión, al señalar que una de las funciones de esta libertad dentro de los regímenes democráticos consiste en que “permite buscar la verdad y desarrollar el conocimiento. Cuando las diferentes opiniones y puntos de vista se enfrentan libremente en una sociedad, es más fácil para sus miembros decidir cuál de todas es la más cierta o la más adecuada, según el tipo de discusión que se esté dando. Este argumento, esbozado originalmente por John Stuart Mill, señala, adicionalmente, que cuando una opinión se toma por cierta, los desafíos libres a ella aseguran que las “verdades” sean corroboradas, corregidas, complementadas o superadas. Privar a una sociedad del principio de la libertad de expresión implica frenar el proceso colectivo de descubrimiento de la verdad y, en gran medida, impedir el desarrollo del conocimiento. Para que esta función pueda cumplirse a cabalidad no basta con el conflicto abierto entre interpretaciones de la realidad. Permitir una especie de intercambio libre de ideas es necesario pero no es una garantía suficiente, por sí sola, de que se llegará a la verdad puesto que unas versiones o posiciones pueden ser tan dominantes que las otras no sean divulgadas o lo sean esporádicas, aislada y débilmente. De ahí que esta función se puede cumplir en condiciones de enfrentamiento equilibrado entre versiones antagónicas de la realidad (Sentencia T-391 de 2007).

La Corte es consciente de que la competencia noticiosa, sometida al libre juego de toda competencia que ha hecho pensar en la sociedad capitalista en una especie de mano invisible del mercado, no garantiza el equilibrio de posturas antagónicas expuestas ante la opinión pública. Por eso, apela al equilibrio en los mismos medios informativos, pero no dice cómo se puede dar ese equilibrio. En la mencionada sentencia se establece:

LIBERTAD DE EXPRESION-Sospecha de inconstitucionalidad ante su limitación estatal y aplicación de un control constitucional estricto, cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública –en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole-, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa. En la misma medida en que existe una presunción de protección constitucional de toda expresión, existe una sospecha de inconstitucionalidad de las regulaciones estatales del ejercicio de esta libertad. En consecuencia, toda

limitación de la libertad de expresión está sujeta a un control constitucional estricto, en el curso del cual se ha de determinar si están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada (Sentencia T-391 de 2007).

Así pues, la libertad de expresión, prensa e información y el debido proceso han sido desarrollados en numerosas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, tales como las sentencias T-512 de 1992, T-609 de 1992, C-488 de 1993, C-033 de 1993, T-259 de 1994, T-602 de 1995, SU-056 de 1995, T-104 de 1996, T-066 de 1998, SU-667 de 1998, T-505 del 2000, SU-1723 del 2000, T-367 del 2001, C-489 del 2002, C-650 del 2003, T-235A del 2002, T-535 del 2003, T-213 del 2004, T-684 del 2004, T-391 del 2007, T-158 del 2008, T-219 del 2009, T-263 del 2010, T-627 del 2012, C-592 del 2012, T-219 del 2012, T-550 del 2012, T-904 del 2013 y la sentencia T-277 del 2015.

En esta jurisprudencia, la Alta Corte ha sostenido que la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal al respecto, se constituye en una vulneración al derecho de la libertad de expresión. Así las cosas, la constitucionalidad a la cual la Corte está obligada a defender, le permite expresar lo siguiente:

CENSURA PREVIA-Prohibición en la Constitución Política

La propia Carta enuncia en forma contundente una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, *ipso jure*, una violación del derecho a la libertad de expresión (Sentencia T-391 de 2007).

Por esta razón, no puede ser el Estado quien ejerza el control sobre los medios de comunicación en los contenidos de la información que procesen, puesto que la prohibición de la censura es radical. También allí mismo se escribe:

LIBERTAD DE EXPRESION-Cargas para las autoridades que pretendan establecer limitantes

Carga definitoria: Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien

que se pretende proteger mediante la limitación. Carga argumentativa: Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad, según se explican más adelante. Carga probatoria: Finalmente, las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad (Sentencia T-391 de 2007).

Conclusiones

En la Constitución política de 1991, la libertad de prensa no forma parte del grupo de derechos fundamentales, pero este vacío es en gran medida una confusión social producto de la redacción que hizo el constituyente de estos artículos constitucionales.

Los propósitos de estas arremetidas contra el Estado pueden ser la reducción del tamaño del Estado, la destitución de funcionarios para nombrar otros de la cuerda de los medios, la venta de entidades productivas del Estado, obstaculizar una medida pública del ejecutivo o del legislativo, desestabilizar la institucionalidad pública entre muchos otros.

Así pues, existe una sutil frontera entre la esfera de derechos fundamentales de las personas involucradas en los hechos y las circunstancias que describe el periodista en su noticia. Esa frontera se trasgredе cuando el sentido comunicativo, explícito o implícito, implica un juicio condenatorio sobre los funcionarios objeto de una noticia.

Ahora bien, en Colombia, el derecho al Debido Proceso es propio de las personas jurídicas individuales (personas naturales) y no de las personas jurídicas. En esta forma, los ataques contra los funcionarios dejan la sensación de que son las instituciones públicas las culpables del fallo de los medios, sin que pasen los asuntos por el aparato de justicia.

Los recursos jurídicos con los que cuenta el funcionario para desvirtuar un posible agravio son posteriores, es decir, cuando la información ya se ha entregado a la sociedad y esta se ha hecho una idea de la responsabilidad del funcionario. Lógicamente no se puede afirmar que estos recursos son mecanismos de defensa, precisamente porque son posteriores y aunque su finalidad es tratar de “limpiar” el nombre o de borrar la imagen que de ellos ha quedado en el imaginario social, se trata de una labor prácticamente inane.

Es muy probable que en el país el temor ciudadano de denunciar se fortalezca en la actividad periodística, puesto que el potencial testigo o denunciante no quiere ver o escuchar su nombre en los medios de comunicación porque puede quedar expuesta su integridad personal y la de su familia.

En síntesis, el juego democrático depende de la responsabilidad de los medios de comunicación que tienen un poder difícilmente controlable por el Estado, puesto que los juicios sobre la veracidad de sus informaciones son obligatoriamente posteriores a la emisión de las noticias, cuando ya la información circula en la sociedad, de modo que, aunque se demuestre que una noticia sobre una persona es falsa, y más si esa persona es un funcionario, ya el daño fue causado. Además, la prohibición de toda censura es una garantía de control sobre la administración pública y de difusión de las ideas políticas en forma libre, puesto que solo los régimen totalitarios aplican mordazas al debate público. En la democracia, aún en tiempo de guerra, el periodismo tiene que ser libre. Pero, como dice el dicho popular, “¿al alcalde quién lo ronda?”. La frecuencia de la práctica periodística difamatoria hace pensar en la necesidad de alguna instancia que regule esta actividad necesaria para la democracia. ■

Referencias bibliográficas

- Ayala, G.; Duque, Ó.; Hurato, G. (2006). *De la democracia radical al unanimismo ideológico. Medios de comunicación y seguridad democrática*. Santiago de Cali: Editorial Universidad Autónoma de Occidente.
- Camps Cervera, V. (2008). ¿Todo vale? Hacia una mirada ética en los medios de comunicación. *Comunicar*, nº 31, v. XVI, Revista Científica de Educomunicación, 393-395.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Domínguez, J. (2016). La decadencia del orden político según Fukuyama. *Revista eXtoico*, No. 18; pp. 51-55.

- Gómez Méndez, A. (23 de septiembre de 1999). Justicia y Medios de Comunicación. *El Tiempo*. Recuperado en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-904368>
- Gómez Méndez, A. (14 de mayo de 2013). Peligros de la justicia mediática. *El Tiempo*, Recuperado en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12799401>.
- Latorre, L. (2016). Ética y medios de comunicación El Imperio del entertainment. *Teína*, 1(1), http://www.revistateina.es/teina/web/Teina_2/dossier/mediosyetica.htm.
- Miralles, A. M. (2004). *La construcción de lo público desde el periodismo cívico*. Obtenido de Infoamérica, Revista Iberoamericana de Comunicación Documentos: www.infoamerica.org/documentos_word/rosen01.doc
- Kent, T. (2015). *Regulación de los medios de comunicación: ¿Cuál es el mínimo necesario?* Obtenido de Observatorio Latinoamericano e regulación, medios y convergencia OBSERVACOM: <http://www.observacom.org/regulacion-de-los-medios-de-comunicacion-cual-es-el-minimo-necesario/>
- Periódico La Nación. (06 de abril de 2014). Francis Fukuyama: "Uno de los mayores déficits de la región es la administración burocrática de sus Estados". Recuperado en: <http://www.lanacion.com.ar/1678149-francis-fukuyama-uno-de-los-mayores-deficits-de-la-region-es-la-administracion-de-sus-estados>
- Restrepo, J. D. (2014). *¿La libertad de expresión está sobre el derecho al buen nombre y la honra? Entrevistador Gonzalo Escobar*. Obtenido de Fundación para el Nuevo Periodismo Iberoamericano FNPI: <http://eticasegura.fnpi.org/2014/07/30/la-libertad-de-expresion-esta-sobre-el-derecho-al-buen-nombre-y-la-honra/>
- Vaca, P. (06 de febrero de 2015). Intimidación y Autocensura, los riesgos de ser periodista en Colombia. *Periódico El Tiempo*. Recuperado en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15208915>
- Villanueva, E. (2011). Derecho y Libertad. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 25; pp. 203-313.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- Sentencia T-512 de 1992
Sentencia T-609 de 1992
Sentencia C-488 de 1993
Sentencia C-033 de 1993
Sentencia T-259 de 1994
Sentencia T-602 de 1995
Sentencia SU-056 de 1995
Sentencia T-104 de 1996
Sentencia T-066 de 1998
Sentencia SU-667 de 1998
Sentencia T-505 del 2000

Sentencia SU-1723 del 2000
Sentencia T-367 del 2001
Sentencia C-489 del 2002
Sentencia C-650 del 2003
Sentencia T-235A del 2002
Sentencia T-535 del 2003
Sentencia T-213 del 2004
Sentencia T-684 del 2004
Sentencia T-391 del 2007
Sentencia T-158 del 2008
Sentencia T-219 del 2009
Sentencia T-263 del 2010
Sentencia T-627 del 2012
Sentencia C-592 del 2012
Sentencia T-219 del 2012
Sentencia T-550 del 2012
Sentencia T-040 de 2013
Sentencia T-904 del 2013
Sentencia T-277 del 2015

El Derecho Internacional Humanitario en las sentencias de la Corte Interamericana: Un análisis de los casos colombianos¹

International Humanitarian Law in the judgments of the Inter-American Court: An analysis of Colombian cases

Le droit international humanitaire dans les jugements de la Cour interaméricaine: une analyse des cas colombiens

O Direito Internacional Humanitário nas sentenças do Corte Interamericana: uma análise dos casos colombianos

Clara María Mira González* - Orcid.org/FALTA
Juan Pablo Arenas Agudelo** - Orcid.org/FALTA

1 La investigación que se presenta a continuación hace parte del trabajo realizado durante el semestre 2017 – II y 2018- I por el semillero en derechos humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad CES, la investigación fue presentada en las jornadas de investigación de la Universidad CES y ganó el premio a mejor investigación en estudiante de pregrado. El proyecto de investigación en el que se inscribe, se titula: El Derecho Internacional Humanitario en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un análisis del caso colombiano. La línea de investigación a la que pertenece dicho proyecto es la línea de derecho público y el grupo de investigación al que se adscribe es el Grupo de Estudios Jurídicos de la Universidad CES.

* Abogada, especialista en estudios internacionales, especialista en Gerencia de la Seguridad Social de la Universidad CES, Magíster en Ciencia Política y estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad de Antioquia, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad CES. Correo electrónico: cmira@ces.edu.co

** Estudiante de tercer semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad CES. Correo electrónico: arenasagudelo.juanpablo@gmail.com

[FALTA Cómo citar este artículo:](#)

Recibido: 4 de noviembre de 2016.

Aprobado: 23 de mayo de 2017

Resumen

El Derecho Internacional Humanitario – DIH - ha sido aplicado como fuente auxiliar en los casos en los que la Corte Interamericana se ha enfrentado con violaciones de derechos humanos producidas en los diferentes países que suscribieron la competencia de la misma y la Convención Interamericana.

Si bien es cierto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CoIDH -, tiene como referente de competencia la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los protocolos que la complementan, el omitir como *corpus iuris* de sus estatutos al DIH, ocasiona que se fragmenten los derechos humanos, concebidos desde la doctrina como indivisibles e interdependientes y, asimismo, conlleva a una desprotección de las víctimas de diferentes conflictos armados, como el colombiano, frente a la aplicación de la justicia transicional en sus garantías de reparación integral y, sobre todo, de no repetición.

La ponencia de investigación que pretende desarrollarse a continuación, analiza la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en nueve (9) casos en los que el Estado colombiano ha estado vinculado como sujeto demandado en las sentencias de la Corte Interamericana y reflexiona en torno a la forma en la que el tribunal interamericano aplica este instrumento internacional en sus sentencias.

Palabras claves

Derecho Internacional Humanitario, conflicto armado no internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención Interamericana de Derechos Humanos, justicia transicional.

Abstract

International Humanitarian Law -IHL- has been applied as an auxiliary source in cases in which the Inter-American Court has faced violations of human rights, produced in the different countries that signed the jurisdiction of the same and the Inter-American Convention. While it is true that the Inter-American Court of Human Rights (COHR) has the Inter-American Convention on Human Rights as its benchmark and the protocols that complement it, omitting as a *corpus iuris* from its statutes to IHL, it causes human rights to fragment, conceived from the doctrine as indivisible and interdependent and, likewise, leads to a lack of protection of the victims of different armed conflicts, such as the Colombian one, against the application of transitional justice in its guarantees of integral reparation and above all of non-repetition. The investigation that is developed next, analyzes the application of International Humanitarian Law in nine cases in which the Colombian State has been linked as

the defendant in the judgments of the Inter-American Court and reflects on the way in which the Inter-American Court applies this international instrument in its judgments.

Key words

International Humanitarian Law, non-international armed conflict, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Convention on Human Rights, transitional justice.

Résumé

Le droit international humanitaire –DIH– a été appliqué comme source auxiliaire dans les cas dans lesquels la Cour interaméricaine a fait face à des violations des droits de l'homme produites dans les différents pays qui ont signé la compétence de celle-ci et la convention interaméricaine. S'il est vrai que la Cour interaméricaine des droits de l'homme –CoIDH– a comme modèle de compétence la Convention interaméricaine des droits de l'homme et les protocoles qui la complètent, l'omission comme corpus iuris des lois du droit international humanitaire, entraîne une fragmentation des droits de l'homme, conçus normalement comme indivisibles et interdépendants. Cela entraîne aussi une absence de protection des victimes des différents conflits armés, comme en Colombie, face à l'application de la justice transitionnelle dans ses garanties de réparations intégrales et surtout de non répétition. L'étude qui se développe ci-dessous, analyse l'application du droit international humanitaire dans neuf cas dans lesquels le gouvernement colombien a été associé en tant qu'accusé dans les jugements de la Cour interaméricaine et considère la forme avec laquelle le tribunal interaméricain applique cet instrument international pour ses sentences.

Mots clés

Droit international humanitaire, conflit armé non international, Cour interaméricaine des droits de l'homme, convention interaméricaine des droits de l'homme, justice transitionnelle

Resumo

O Direito Internacional Humanitário –DIH– tem sido aplicado como fonte auxiliar nos casos nos que a Corte Interamericana se enfrentou com violações de direitos humanos produzidas nos diferentes países que subscreveram a concorrência da mesma e a Convenção Interamericana.

Conquanto é verdadeiro, corte-a Interamericana de Direitos Humanos –CoIDH–, tem como referente de concorrência a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e os protocolos que a complementam, o ignorar como corpus iuris de seus estatutos ao DIH,

ocasiona que se fragmentem os direitos humanos, concebidos desde a doutrina como indivisível e interdependentes e, assim mesmo, implica a uma desproteção das vítimas de diferentes conflitos armados, como o colombiano, em frente ao aplicativo da justiça transicional em suas garantias de reparo integral e sobretudo de não volte a repetir-se. A conferência de investigação que pretende se desenvolver a seguir, analisa o aplicativo do Direito Internacional Humanitário em nove (9) casos nos que o estado colombiano tem estado vinculado como sujeito demandado nas sentenças do Corte Interamericana e reflexiona em torno da forma na que o tribunal interamericano aplica este instrumento internacional em suas sentenças.

Palavras-chave

Direito Internacional Humanitário, conflito armado não-internacional, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, justiça transicional.

Introducción

El tratamiento del conflicto armado en Colombia y con él, el de sus actores, es un tema que durante varias décadas estuvo asociado a un tratamiento punitivo, tanto desde la legislación penal internacional como desde la legislación interna. (Orozco, 2006, p. 36)

Dicho tratamiento produjo -durante varias décadas- un efecto de deshumanización de la guerra o, lo que es igual, una guerra abierta, donde eran inviables, y así se manifestó en varias políticas de gobierno en Colombia, las negociaciones del conflicto armado interno o no internacional.

Si bien el Derecho Internacional Humanitario, permite, de un lado la disminución de la intensidad del conflicto y, la aplicación de principios como el de proporcionalidad, distinción y de neutralidad, el derecho penal internacional, de otro lado, introduce un tratamiento del actor armado bajo la aplicación de delitos de lesa humanidad, guerra y genocidio.

Lo anterior, supone la consideración de los actores armados bajo la disyuntiva del combatiente o del terrorista y una concepción de la guerra colombiana en una tensión permanente entre guerra contra el terrorismo y el conflicto armado interno. (Orozco, 2006)

Asimismo, la aplicación del derecho internacional, sin considerar la existencia de un conflicto armado interno o no internacional y las violaciones que de dicho conflicto se derivan para la población no combatiente, pone de manifiesto una desprotección de las víctimas y una ineficacia en la aplicación de la justicia transicional.

Bajo esta perspectiva, surge entonces una preocupación relativa a los enfoques que asume el derecho interamericano en relación con la aplicación del derecho internacional humanitario en los casos contenciosos que involucran al estado colombiano, dado que, desde una primera mirada, las normas del derecho internacional humanitario no son objeto de denuncia en el sistema interamericano.

El artículo que se presenta a continuación, hace parte del trabajo del semillero en Derechos Humanos y se pregunta entonces sobre la viabilidad de la aplicación del derecho internacional humanitario en los casos contenciosos examinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de este análisis, elabora una revisión de la línea jurisprudencial en donde

describe la forma en la que dicho derecho puede ser aplicado dentro del derecho interamericano, con la pretensión de reflexionar sobre la garantía de la justicia transicional, particularmente en la aplicación de principios como la no repetición y la reparación integral de las víctimas en la forma en la que son procesados estos casos contenciosos dentro de la jurisprudencia del tribunal interamericano.

Análisis de los casos colombianos

Para efectos de lograr una mejor presentación de los casos contenciosos donde la Corte Interamericana ha decidido sobre la aplicación del derecho internacional humanitario en las diferentes sentencias que atañen al caso colombiano, se dividirán dichos casos conforme a los siguientes criterios:

- a. Casos en los cuáles el Estado colombiano ha sido demandado por hechos dentro del conflicto armado no internacional.
- b. Casos de reconocimiento de aplicación del Derecho Internacional Humanitario en las violaciones a derechos humanos derivadas de hechos de conflicto armado interno no demandados.

Casos en los cuáles el Estado colombiano ha sido demandado por hechos dentro del conflicto armado no internacional

Los casos en donde se demandaron violaciones al Derecho Internacional Humanitario a través de las denuncias a los protocolos de La Haya y de Ginebra, son los siguientes: Diecinueve (19) comerciantes vs Colombia, el caso La Rochela vs Colombia, Ituango vs Colombia, Mapiripán vs Colombia, Valle Jaramillo vs Colombia, Rodríguez Vera vs Colombia, Escué Zapata vs Colombia y Santo Domingo vs Colombia.

En el primero de los casos se refiere al asesinato de diecisiete (17) comerciantes que desarrollaban sus actividades en la frontera colombo venezolana en el municipio de Puerto Boyacá. Los comerciantes se dedicaban al transporte de mercaderías o de personas, la compra y venta de mercancías en la frontera colombo-venezolana y allí son detenidos, asesinados y descuartizados, para, finalmente lanzar sus cuerpos al río.

Dos semanas después de ocurridos los hechos, otros dos (2) comerciantes fueron en búsqueda de los desaparecidos, quienes también son detenidos y asesinados por un grupo paramilitar.

Si bien, el objeto principal de la denuncia de las víctimas está relacionado con la falta de investigación para el esclarecimiento de los hechos y con la ausencia de una sanción a los responsables, de acuerdo con los hechos dentro de este caso se trata de hechos asociados al conflicto armado interno del estado colombiano donde, es deducible, una violación tanto a los protocolos de la Haya como de Ginebra, donde el grupo paramilitar a violado el principio de proporcionalidad y de precaución, de un lado, porque el descuartizamiento de las víctimas constituye un uso desmedido de la fuerza, que en este caso ocasiona un alto sufrimiento y dolor a quienes sufren los efectos de un conflicto armado no internacional que no les pertenece, además de constituir también una violación del principio de distinción, en el sentido de no diferenciarse a la población no combatiente de la combatiente dentro del conflicto desarrollado en Colombia.

En el segundo de los casos, La Rochela vs Colombia, está asociado al asesinato de doce (12) de representantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la lesión de tres (3) de ellos. Los representantes se dirigían al municipio de La Rochela a investigar los hechos ocurridos en razón del asesinato de los 19 comerciantes, referidos en el párrafo anterior y en este momento fueron interceptados por fuerzas paramilitares, quienes disparan contra los vehículos y solo tres (3) personas logran sobrevivir. Las víctimas centran su reclamación ante la Corte Interamericana en la violación de los derechos de falta de investigación efectiva y de sanción de los responsables. Es constatable también en el presente caso que, si bien no se denuncian los artículos del Derecho Internacional Humanitario, los hechos evidencian un uso desmedido de la fuerza y una clara vulneración del principio de distinción.

El tercero de los casos es el caso Ituango vs Colombia, en él se lleva a cabo un acto de guerra en el municipio de Ituango en el departamento de Antioquia por grupos paramilitares. Las víctimas alegan que dentro de dicho municipio el Estado no ha cumplido con la obligación de juzgar a los responsables en forma efectiva y que, por lo tanto, no se ha reparado de forma adecuada los hechos. La Corte Interamericana condena nuevamente sólo por las violaciones de los derechos convencionales y no considera violaciones al DIH pese a que las víctimas no los denuncian.

El cuarto de los casos es el caso Mapiripán vs Colombia, pese a la gravedad de los hechos, dado que se trató de una masacre perpetrada por grupos paramilitares en el municipio de Mapiripán en el departamento del Guaviare, donde hubo despliegue aéreo, marítimo y participación de miembros del ejército en una operación armada en donde se torturaron y asesinaron los habitantes del municipio, la Corte Interamericana condena al estado colombiano sólo por el desconocimiento de obligaciones convencionales, referidas, como en la mayoría de los casos que hemos examinado, a la ausencia de investigación de los hechos y a la falta de condena de los responsables. Se omite entonces un análisis de las violaciones al derecho internacional humanitario.

El quinto de los casos es el caso conocido como Valle Jaramillo vs Colombia, en este, es asesinado el exlíder de derechos humanos y expresidente del Comité de Derechos Humanos, Jesús María Valle Jaramillo. En el hecho fue comprobada la participación de miembros de la Cuarta Brigada de Medellín y del Batallón Girardot. La Corte considera que se trata de hechos derivados de un conflicto armado no internacional o interno y realiza un muy interesante ejercicio contextualizando los hechos para establecer la responsabilidad del Estado, dado que se trata de uno de los cuatro (4) líderes asesinados en el transcurso de diez (10) años. No obstante, no son consideradas las violaciones al derecho internacional humanitario a pesar de que hay un evidente reconocimiento del conflicto.

El sexto de los casos que examina la Corte Interamericana es el caso Rodríguez Vera vs Colombia, surge con ocasión de los hechos ocurridos los días 6 y 7 de noviembre de 1985 durante los actos de retoma del Palacio de Justicia. En ellos, fueron desaparecidas de manera forzada las siguientes personas: Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín Cortés, David Suspes Celis, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Gloria Stella Lizarazo, Luz Mary Portela León, Norma Constanza Esguerra Forero, Lucy Amparo Oviedo Bonilla, Gloria Anzola de Lanao, Ana Rosa Castiblanco Torres e Irma Franco Pineda durante el operativo de retoma. También son torturados los señores Yolanda Santodomingo Albericci, Eduardo Matson Ospino, Orlando Quijano y José Vicente Rubiano Galvis. Pese a que se trata de manera evidente de hechos ocurridos con ocasión del conflicto, para el caso, la toma del Palacio de Justicia por parte del M19 en su intención de realizar un juicio político al entonces presidente Belisario Betancur, la Corte Interamericana no se pronuncia sobre las violaciones al Derecho Internacional Humanitario, en lo que tiene que ver con el principio de distinción aplicado tanto a las fuerzas militares como al grupo M19 y, aparece nuevamente el caso como un caso aislado del conflicto armado interno en Colombia.

El séptimo de los casos es el referido a la responsabilidad internacional del Estado colombiano por los hechos ocurridos al señor Germán Escué Zapata en razón de su detención arbitraria, maltrato y ejecución extrajudicial, caso reseñado como Escué Zapata vs Colombia.

Si bien el caso presenta violaciones al Derecho Internacional Humanitario, respecto a aplicación del principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza por parte de las fuerzas militares, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se pronuncia respecto a las violaciones al Derecho Internacional Humanitario.

El octavo y último de los casos está relacionado con los hechos ocurridos en la comunidad de Santo Domingo, comunidad indígena, referido Santo Domingo vs Colombia. En ella son desplazados cientos de líderes indígenas y es asesinada una persona. Las víctimas denuncian, tanto la falta de investigación de los hechos como la ausencia de juzgamiento de los responsables.

En este último caso, la Corte no realiza entonces consideraciones relativas a la aplicación de del DIH en hechos dentro de un conflicto armado.

Casos de reconocimiento de aplicación del Derecho Internacional Humanitario en las violaciones a derechos humanos derivadas de hechos de conflicto armado interno no demandados.

El único de los casos en los cuáles la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica el DIH es el caso Las Palmeras vs Colombia. Tal y como lo refiere Susana Núñez Palacios en su artículo titulado: *Aplicación e interpretación del Derecho internacional humanitario en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* este fue el primero de los casos en los que la Coidh se pronuncia sobre la interpretación y aplicación del DIH. Anteriormente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH- se había pronunciado en el caso *La Tablada vs Buenos Aires* y en el informe expedido al Estado de Argentina, la CIDH hizo referencia al DIH para aplicarlo de manera directa frente al principio de distinción, dado que, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, no contiene normas que permitan derivar responsabilidad de ataques armados de la fuerza pública frente a la población no combatiente. En esta ocasión, por tratarse de hechos dentro del conflicto armado, es necesario aplicar estas normas del Derecho Internacional Humanitario.

Las Palmeras vs Colombia es entonces el primero de los casos en donde existe un pronunciamiento de la Corte Interamericana frente a la manera en la que debe interpretarse y aplicarse el Derecho Internacional Humanitario. La sentencia de la CoIDH se refiere a los hechos ocurridos en el municipio de Mocoa en el departamento del Putumayo. En ellos es herido un niño de seis (6) años y son masacradas seis (6) personas y vestidas de falsos positivos. Los hechos se ejecutan por parte de la policía, acompañada del ejército y en ellos es condenado el Estado colombiano.

En esta ocasión fue la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien solicitó a la CoIDH que aplicara la Convención de Ginebra y en tal sentido estableciera las circunstancias de muerte de las personas para esclarecer las violaciones al derecho a la vida, consagrado en la Convención y también en los instrumentos del DIH. (Núñez, 2011, p.26)

No obstante, y pese a las recomendaciones, la Corte Interamericana consideró que el Derecho Internacional Humanitario no era aplicable para condenar al Estado colombiano y que sólo podría apoyarse en el mismo para hacer interpretaciones de la propia convención y protocolos anexos de donde son derivadas las violaciones de derechos humanos. Nuevamente, omite el tribunal aplicar directamente los Convenios de la Haya y de Ginebra, vulnerando, como lo veremos en el próximo capítulo los principios de la justicia transicional. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Las Palmeras vs Colombia)

El Derecho Internacional Humanitario en las sentencias de la Corte Interamericana

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos pese a que ha sido planteado para la protección de los derechos humanos en su integridad, ha demostrado prácticas en las que excluye la aplicación del derecho internacional humanitario como si este no hiciese parte integral de la protección de los derechos humanos y con ello ha dejado a las víctimas del conflicto armado

interno o no internacional en una situación de desprotección frente a las violaciones del derecho internacional humanitario.²

En las prácticas del Sistema Interamericano se observa una línea jurisprudencial con un enfoque hacia las violaciones directas de los artículos convencionales y dentro de ella con un énfasis en violaciones de derechos civiles y políticos, descartando las denuncias por violaciones de derechos sociales salvo dos casos específicos como la libertad sindical y el derecho a la educación. (Mira y Rojas, 2010)

Sobre este punto, de acuerdo con las reflexiones realizadas por Victor Abramovich, Christian Curtis, Julieta Rossi, Francisco Cortés Rodas, Rodolfo Arango Rivadeneira y Carlos Urquilla Bonilla, los derechos humanos son fundamentales y no pueden ser fragmentados para su protección, menos aún cuando se trata de derechos como los anteriormente denominados como de segunda generación o derechos sociales.

Los derechos humanos, son derechos subjetivos, como tales, tienen una necesaria relación de interdependencia que amerita una constitucionalización como derechos fundamentales sujetos a acciones propias. Los autores sostienen entonces una necesaria vinculación e interdependencia de los derechos humanos que hace prácticamente imposible una división por generaciones. (Abramovich y Rossi, 2007, p. 36); (Arango, 2001); (Cortés, 1999); (Urquilla,

Utilizando la analogía, sobretodo en lo que atañe a las violaciones de derechos humanos derivados de hechos de conflicto, y, en este sentido, en materia de violaciones al Derecho Internacional Humanitario, podríamos consentir entonces que este estatuto hace parte de un *corpus iuris* de protección integral del individuo, no divisible o no fragmentable por prácticas jurisprudenciales. No obstante, es necesario entender que las situaciones de violación de derechos humanos interpretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben ser concebidas como situaciones de violaciones de derechos humanos en hechos de conflicto distintas a las violaciones de

2 Susana Núñez Palacios, considera que la forma en la que es aplicado el derecho internacional humanitario plantea varias contradicciones, si se tienen en cuenta los distintos órganos que se vinculan en estas materias. Así las cosas: si bien el Consejo de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas están obligados a aplicar el derecho internacional humanitario como fuente directa en la solución de casos involucrados con la violación de derechos humanos, no así lo están los órganos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte de este mismo sistema. (Núñez, 2011, p. 15)

derechos humanos en situaciones de “no guerra” o de “normalidad” o de “paz”. Ello es así, en tanto que las situaciones de conflicto armado no internacional o conflicto armado interno, suponen una aplicación de principios como la distinción, la proporcionalidad, la neutralidad y la precaución, bastante caros al derecho internacional humanitario y que, por lo demás, operan de manera preventiva. En este sentido, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos quisiera aplicarlos de forma directa, podría prevenir en futuras ocasiones la forma en la que se desarrolla dicho conflicto sólo haciendo un llamado a la obligación del respeto a los mismos por parte del Estado o, en su defecto, considerando una mayor tutela a las víctimas al advertir al estado que debe cumplir mejor su posición de garante en territorios donde se desarrollan actividades armadas.

Cuando la CoIDH, decide sobre violaciones de derechos humanos, sólo teniendo en cuenta artículos convencionales o protocolos y tratados internacionales anexos, pareciera considerar, que el contexto en el que operan las violaciones fuera un contexto sumamente extraño al conflicto armado interno en Colombia.

Todo lo anterior, tal y como lo plantea acertadamente Susana Núñez Palacios, ha generado un contexto de desprotección de las víctimas quienes para acudir al Sistema Interamericano deben tipificar artículos convencionales violados y no pueden acudir a las convenciones de la Haya o de Ginebra, en una especie de paradoja frente a la forma en la que se han decidido casos de violaciones de derechos humanos en contextos internacionales como los que decide el Consejo de Seguridad donde el Derecho Internacional Humanitario si resulta siendo obligatorio.

Resultados y conclusiones

Si bien es cierto en muchos casos se ha establecido que el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos solo puede operar en los casos en donde se presentan violaciones a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, también lo es que hay ciertos hechos que han involucrado violaciones al Derecho Internacional Humanitario y que en estos hechos se han tejido litigios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que suponen la existencia de un conflicto armado interno en donde necesariamente debe haber cabida a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

Solo en uno de los casos analizados por la CoIDH, la Corte ha admitido la aplicación del DIH, pero en este, sigue considerando que el mismo funciona solamente como doctrina probable o si se quiere como fuente auxiliar.

En este sentido, tal y como lo hemos venido sosteniendo, se produce una división de los derechos humanos, que para la doctrina es inconcebible no sólo por la necesaria complementariedad que tienen dichos derechos, sino también porque fragmentarlos resulta poniendo en riesgo dos principios de la justicia transicional, cuáles son la garantía de no repetición y la reparación integral de las víctimas, incursas en estos casos, en eventos derivados del conflicto armado interno o no internacional.

Si en el derecho constitucional y en el derecho internacional, se sostiene una tesis como la indivisibilidad de los derechos humanos y, en el derecho constitucional se sostiene la idea de bloque de constitucionalidad para aplicar la máxima garantía de protección de los derechos humanos al individuo, también debe hacerse lo mismo con los diferentes órganos del sistema internacional de protección de derechos humanos que operan tanto a nivel regional como a nivel internacional.

No parece coherente que el Consejo de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas se vean obligados a aplicar el Derecho Internacional Humanitario por ser parte de su corpus iuris y no se obligue a las instituciones del Sistema Interamericano de Protección de estos mismos derechos. ■

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. Courtis, C. (2000). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Abramovich, V. y Rossi, J. (2007). La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. *Revista de Estudios socio-jurídicos*, Vol. 9, Bogotá: Universidad del Rosario, p. 34-53.
- Arango, R. (2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. *Revista de Derecho Público*, No. 12. Bogotá: Universidad de los Andes, p. 185-212.
- Arango, R. (2005). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional.

Cortes, F. (1999). Los derechos humanos sociales: consideraciones sobre su fundamentación a la luz del liberalismo y del igualitarismo. *Estudios Políticos*, No. 15. Medellín: Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 1999.

Mira, C.; Rojas, M. (2010) La protección de derechos sociales en el sistema interamericano de derechos humanos. En: *Opinión Jurídica*, No. Vol. 9, No. 18. Medellín: Universidad de Medellín.

Núñez, S. (2011). Interpretación y aplicación del derecho internacional humanitario en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En: *Alegatos*, No. 77. México, enero – abril de 2011. Versión digital disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26785.pdf>. (febrero de 2018)

Urquilla, C. (2001). Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, No. 30. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 259-281.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 11137 de 1997. Caso *La Tablada vs Buenos Aires*. Versión digital disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm>. (julio de 2017).

Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Mapiripán vs Colombia*. Versión digital disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf. (septiembre de 2017)

Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Caso *Valle Jaramillo vs Colombia*. Versión digital disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf. (septiembre de 2017)

Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Caso *Escué Zapata vs Colombia*. Versión digital disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf. (septiembre de 2017)

Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Caso *Las Palmeras vs Colombia*. Versión digital disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_90_esp.pdf. (septiembre de 2017)

Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Caso *Ituango vs Colombia*. Versión digital disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf. (septiembre de 2017)

Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Caso *La Rochela vs Colombia*. Versión digital disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf. (septiembre de 2017)

Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Operación Génesis vs Colombia. Versión digital disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf. (septiembre de 2017)

Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. 19 comerciantes vs Colombia. Versión digital disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf. (septiembre de 2017)

La transferencia tecnológica en el entorno empresarial cubano

The technological transference at the cuban
entrepreneurial surroundings

Le transfert technologique dans le milieu
des affaires cubain

A transferência tecnológica no meio
empresarial cubano

Jorge Rondón Valdés* - [Orcid.org/FALTA](#)
Alcides Antúnez Sánchez** - [Orcid.org/FALTA](#)

** Profesor Auxiliar, contratado en la Universidad de Gramma, Cuba, Licenciado en la Universidad de Oriente en 2005, profesor en el Departamento de Derecho desde 2005 hasta la actualidad, Imparte la signatura de Derecho Civil parte general, derecho de Obligaciones y Contratos. Especialista en Derecho Civil y Familia con mención en el ejercicio de la abogacía. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente en 2013. Aspirante a Doctor. Autor de varios artículos publicados nacional e internacionalmente. Correo electrónico jrondonv@udg.co.cu

** Licenciado en Derecho. Máster en Asesoría Jurídica por la Universidad de Oriente. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Contratado en la Universidad de Granma desde 2003 hasta la actualidad. República de Cuba. Trabajo investigativo resultado del Proyecto denominado "Consultoría Jurídica Rural", realizado en el 2016 en municipios de la provincia Granma por la Disciplina Derecho de la Empresa. Departamento de Derecho. Email: aantunez@udg.co.cu, aantunez63@nauta.cu

FALTA Cómo citar este artículo:

Cáceres, V. (2017). La problemática de la regulación de los hidrocarburos y el agua en Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47 (126), pp. 75-109.

Recibido: 4 de noviembre de 2016.

Aprobado: 23 de mayo de 2017.

Resumen

El fenómeno tecnológico emerge definitivo y determinante para el desarrollo científico-técnico de cualquier país, como reto y perspectiva en el entorno empresarial. La construcción de estrategias más funcionales, son garantes del avance tecnológico para la realización de su objeto social. Desde la imposibilidad relativa de progreso científico-tecnológico endógeno, la transferencia de tecnologías deviene necesaria ante los pasos de una sociedad en vías de desarrollo. Su gradual evolución, ha devenido poco pertinente, en ocasiones descontextualizada su implementación para las empresas cubanas como receptoras de paquetes tecnológicos, para fundamentar la necesaria construcción de un proceso que armonice las demandas y realidades. Se utilizaron como métodos de investigación: el análisis lógico e histórico jurídico, análisis-síntesis, inductivo- deductivo, exegético jurídico y de derecho comparado. Los aportes de esta investigación permiten la construcción de marcos teóricos sustenten estrategias y procesos de transferencia tecnológica horizontales y pertinentes.

Palabras clave

Empresa de alta tecnología, contratación, control público, desarrollo sostenible, economía basada en el conocimiento.

Abstract

The technological phenomenon emerges definite and determining for the scientific technical development of any country, like challenge and perspective at the entrepreneurial surroundings. The construction of more functional strategies, they are responsible of the technological advance for the realization of his corporate purpose. From of the relative impossibility of scientific technological endogenous progress, the transference of technologies happens necessary in front of the steps of a developing society. His gradual evolution, has happened pertinent little, at times descontextualizada his implementation for the companies Cubans like recipients of technological parcels, to base the necessary construction of a process that harmonize the requests and realities. They utilized themselves like fact-finding methods: The logical and historic juridical analysis, analysis synthesis, inductive deductive, exegetic juridical and by right compared. The contributions of this investigation enable the construction of theoretic frames hold strategies and horizontal and pertinent processes of technological transference.

Key words

Company of high-tech, deal, public control, sustainable development, economy based in knowledge.

Résumé

Le phénomène technologique émerge comme un facteur définitif et déterminant pour le développement scientifique et technique quel que soit le pays, en tant que défi et perspective dans l'environnement entrepreneurial. La construction de stratégies plus fonctionnelles est garante du progrès technologique pour la réalisation de son objet social. De l'impossibilité relative du progrès scientifique et technologique endogène, le transfert de technologies devient nécessaire sur les pas d'une société en développement. Son évolution progressive est devenue peu pertinente, son application aux entreprises cubaines a pu être décontextualisé en tant que destinataires de paquets technologiques, pour soutenir la construction nécessaire d'un processus qui harmonise les demandes et les réalités. Les méthodes de recherche suivantes sont utilisées: L'analyse juridique logique et historique, analyse-synthèse, droit inductif-déductif, droit exégétique et droit comparé sont des méthodes de recherche utilisées. Les contributions de cette recherche permettent de construire des cadres théoriques pour soutenir les stratégies et les processus de transferts technologiques horizontaux et pertinents.

Mots-clés

Entreprise de haute technologie, passation de marchés, contrôle public, développement durable, économie fondée sur la connaissance.

Resumo

O fenômeno tecnológico emerge definitivo e determinante para o desenvolvimento científico-técnico de qualquer país, como repto e perspectiva no meio empresarial. A construção de estratégias mais funcionais, são garantes do avanço tecnológico para a realização de seu objeto social. Desde da impossibilidade relativa de progresso científico-tecnológico endógeno, a transferência de tecnologias devém necessária ante os passos de uma sociedade em via de desenvolvimento. Sua gradual evolução, tem tornar-se pouco apropriada, em ocasiões dês contextualizada sua implementação para as empresas cubanas como receptoras de pacotes tecnológicos, para fundamentar a necessária construção de um processo que harmonize as demandas e realidades. Utilizaram-se como métodos de investigação: a análise lógica e histórico jurídico, análise síntese, indutivo dedutivo, exegético jurídico e de direito comparado. Contribua-os desta investigação permite a construção de marcos teóricos sustentem estratégias e processos de transferência tecnológica horizontais e apropriadas.

Palavras-chave

Empresa de alta tecnologia, contratação, controle público, desenvolvimento sustentável, economia baseada no conhecimento.

Introducción

En el contexto de un mundo globalizado y de la competencia internacional creciente, los gobiernos y los empresarios se preocupan cada vez más de su nivel tecnológico. En tal sentido, los procesos mediante los cuales se da la transferencia de tecnología entre los países son de gran importancia. En cambio, para los países subdesarrollados y en vías de desarrollo, con recursos tecnológicos menores, lo son aún más. Desde la necesidad de la construcción de un proceso que concilie las directivas centrales, (en tanto planificación por prioridades), con las necesidades tecnológicas de las empresas nacionales, desde el imperioso compromiso con lo local.

A partir de la verticalidad en la transferencia tecnológica, como el elemento limitante en la funcionalidad de los procesos productivos, surge este ensayo, el que tiene como objeto el proceso de Transferencia de Tecnologías como generador de la Propiedad Intelectual, abrazando como objetivo: fundamentar la necesidad de la construcción de un proceso horizontal de Transferencia de Tecnologías que armonice con las demandas y realidades de los diferentes contextos empresariales.

De manera específica se pretende caracterizar los aspectos teórico-conceptuales de la Transferencia de Tecnologías. Sus formas y etapas, analizar los aspectos jurídico-contractuales de la Transferencia Tecnológica en el entorno empresarial estatal cubano; facilitando las bases metodológicas para la implementación de la Transferencia de Tecnologías, a partir de un proceso horizontal y comprometido con el contexto de la empresa cubana.¹ Como resultado de esta investigación emergen aportes que permitirán la construcción de marcos teóricos que sustenten estrategias y procesos horizontales pertinentes de transferencia tecnológica en el Derecho patrio.

¹ LAGE, A. *Las funciones de la ciencia en el modelo económico cubano*, en Revista Temas, no. 69, Cuba, 2012, pp. 31-42.

La Transferencia Tecnológica

Transferencia Tecnológica. Generalidades

Acumulando su alcance de actividad e incluyendo el objetivo que persigue su pretendida funcionalidad, se han erigido en torno a la Transferencia de Tecnología numerosas definiciones. Según la definición de las Naciones Unidas, constituye un proceso de transmisión, absorción, adaptación, difusión y reproducción de la tecnología hacia una entidad distinta de donde se originó, la que como elemento distintivo puede ser onerosa o gratuita.

La regulación vigente en Cuba vinculada a los procesos de Transferencia de Tecnología, define la Transferencia de Tecnología como el *proceso de transmisión, absorción, adaptación, difusión y reproducción de la tecnología hacia una entidad distinta a donde se originó*.

En ambas definiciones está presente el concepto básico de la existencia de un ente emisor del conocimiento y un ente receptor del mismo como sujetos en esta relación jurídica contractual. Estas no se limitan, sin embargo, a aquellas transacciones que implican únicamente la venta de un producto.

La historia viene señalando que la transferencia de tecnología en América Latina y el Caribe (ALC) esta matizada por una dependencia hacia los países más avanzados y con un mayor desarrollo tecnológico y en materia de ciencias. Se importa la tecnología desde países desarrollados dado la escasez –en la región– del potencial de investigación y desarrollo, de la incapacidad de generar innovaciones y del robo de cerebros por parte de estos, entre otros aspectos. Esto provoca que se restinga la capacidad de generar conocimientos científicos y tecnológicos, o en general desarrollar la llamada “alta tecnología” en el sistema empresarial estatal cubano.

Castro Díaz-Balart Y Núñez Jover han reseñado que la ciencia, la tecnología y la innovación (CTI) son procesos sociales, sus aportes y aplicaciones se materializan en varias esferas de la sociedad, e implican más que teorías, productos y servicios. No obstante, su desarrollo no es equitativo y se aprecian considerables brechas entre los países desarrollados y subdesarrollados. La concentración del conocimiento en los países industrializados hace que los procesos de CTI no se orienten en solventar las demandas acuciantes de la sociedad, sino las de segmentos solventes del mercado.

Su Naturaleza jurídica es: pública, transfiere conocimientos científicos y/o tecnológicos y de tecnología.

Sujetos: personas naturales y jurídicas (comprador-receptor)

El desarrollo de la actividad según la forma de la actividad administrativa: contar con un adecuado sistema de información para el monitoreo de la tecnología existente, las regulaciones de propiedad intelectual, tecnología de competencia, bases jurídicas y políticas.

Ámbito de aplicación: sector empresarial privado y público.

Efectos: el desarrollo de innovaciones incrementales y menores sobre la tecnología adquirida, con el fin de mejorar productos, procesos productivos y así mantener la competitividad. La propagación y generalización de sus resultados.

Derivación de acciones del sistema de responsabilidad ambiental en distintos órdenes: civil, penal,

Relativa onerosidad de la actividad: costes del contrato por el pago del paquete tecnológico adquirido (hardware, software y orgware)

Formas de incorporación: la forma de tecnología incorporada (los equipos, procesos, productos), o de tecnología pura (know-how, patentes, marcas comerciales).

Elementos formales y de procedimiento: la adquisición de tecnología, asimilación, aprendizaje, difusión, formas de comercialización, flujos, mecanismos y estructuras de transferencia y el contrato.

Iniciativa de procedibilidad: los mecanismos de transferencia se ejecutan en programas de ayuda internacional y cooperación por parte del gobierno e instituciones; acuerdos de licencias (patentes, know-how, marcas); compraventa de maquinarias y equipos; entrenamientos y servicios de formación y capacitación del personal; *joint ventures*; proyectos llave en mano; asistencia técnica; inversiones extranjeras directas; *spin-off* y *start-up*.

Puntos de contacto con instituciones de otras ramas de la Ciencias Empresariales: derecho mercantil, derecho económico, derecho ambiental,

derecho administrativo, TICs, auditoría, contabilidad, ciencias ambientales. Apreciado en las investigaciones realizadas en las instituciones universitarias con el proceso I+D+i, este comprende las investigaciones básicas, aplicadas, de desarrollo, innovativas y de generalización. Son el resultado de las necesidades sociales o del propio desarrollo de la ciencia y la tecnología, para generar o transferir conocimientos científicos-tecnológicos; los cuales se convierten en tecnologías de producto, procesos, organizacional, de servicios o sus combinaciones. Estas se realizan con el objetivo final de introducirlas en el sector productivo, contribuyendo a perfeccionar su desempeño económico y la competitividad de sus ofertas en los mercados nacionales e internacionales.

La transferencia de tecnología, abordada por autores a partir del siglo XXI en Cuba, como Castro Díaz-Balart Y Núñez Jover, han considerado los siguientes aspectos que la caracterizan como son:

- transferencia de conocimientos científicos y/o tecnológicos y de tecnología en sí, de un cedente a un receptor,
- adquisición, asimilación y difusión de la tecnología,
- direcciones que puede adoptar: transferencia vertical² u horizontal³,
- flujos: de importación o exportación, y
- abarca más que la comercialización de un paquete tecnológico; consideran, además, el aprendizaje tecnológico.

Pero se razona, que la transferencia de tecnología en el proyecto social cubano en este siglo XXI podría definirse como el proceso de intercambio racional, sustentable, inclusivo y colaborativo de conocimientos y/o tecnologías entre los actores sociales, donde se reflexiona que todo el proceso de creación del producto/servicio se negocian los principios de la adquisición, asimilación, y difusión; y los flujos, mecanismos y estructuras para transferir a través de procesos de aprendizaje mutuo y continuo.

Empero, los autores justiprecian que está necesitada de un estudio teórico que permita su regulación adecuada dentro del ordenamiento jurídico nacional, dada la importancia que tiene para el desarrollo económico de la nación.

2 Vertical: se da en el contexto de un mismo país, donde los conocimientos endógenos se transforman y de ellos se apropián los agentes de la nación.

3 Horizontal: se da entre países, donde el país receptor la asimila en sus prácticas sociales.

Por ello, a pesar de que el conocimiento científico y tecnológico tiene una importancia clave, el conocimiento acerca de cómo organizar y gestionar las actividades económicas, especialmente aquellas que comprenden la aplicación de nuevas perspectivas científicas y tecnológicas, también es una determinante crucial del rendimiento económico en una nación. Este progreso organizacional y de gestión se aprecia cómo está cobrando importancia a medida que aumenta el contenido científico y tecnológico de la actividad económica, que hoy viene señalando la necesaria implementación de la Responsabilidad Social Empresarial con la construcción de la empresa responsable.

La llamada sociedad basada en el conocimiento intenta resumir las nuevas tendencias de la producción, intercambio, cultura y en realidad de toda la vida cotidiana afectada por la difusión de diferentes paradigmas como las tecnologías de información, los cambios en la Biotecnología y las nuevas inversiones en investigaciones sobre Nanotecnología inciden en la redefinición de los mercados y en las relaciones públicas-privadas bajo la égida de la Administración Pública, aplicadas en la transferencia de tecnologías en la Empresa de Alta Tecnología.

Clasificación. Etapas y modalidades

La tecnología ha sido clasificada de forma multivariada, sin embargo, en relación a los de derechos de Propiedad Intelectual y a su significado mercantil y comercializable, básicamente encontramos que esta se clasifica en:

- a. **Tecnología Incorporada:** está referida a bienes de capital en forma de maquinaria y equipos o recursos humanos mediante el entrenamiento local individual, expertos extranjeros, inmigrantes calificados, etc. o a bienes de consumo; y
- b. **Tecnología Desincorporada:** que comprende resultados de investigaciones, noción, datos, informaciones, habilidades, destrezas, así como también los métodos y las formas organizativas.

Ambas formas determinan derechos de Propiedad Intelectual. Las fases o etapas mediante las cuales transcurre la transferencia tecnológica, son:

1. Selección de la tecnología.
2. Negociación (doc. contractual).
3. Absorción o Asimilación.

4. Adaptación.
5. Difusión.
6. Mejoras Tecnológicas.

Generalmente son reconocidas las siguientes modalidades de la transferencia de tecnologías:

- *Transferencia horizontal de tecnología*: proceso por el cual una tecnología es trasladada de un país a otro, flujo que se produce desde o hacia el exterior.
- *Transferencia vertical de tecnología*: proceso por el cual, dentro de un mismo país, se traslada tecnología de una institución a otra, en el marco de la interacción entre los entornos: productivo, tecnológico, científico y financiero, que interactúan entre sí y con el mercado durante el proceso de innovación.

Sin embargo, a pesar de encontrar mayores coincidencias en este tipo de clasificación de las modalidades a nivel internacional; con la autonomía de gestión y negociación empresarial en el mundo actual, se apuesta por un carácter puramente horizontal del proceso de transferencia tecnológica, necesitado dentro del ordenamiento jurídico cubano de un constructo desde la doctrina como se señalaba, donde se analice la norma jurídica y la práctica, que permita la evaluación de las tecnologías limpias; se justiprecia que hay una inadecuada participación de la Contraloría General en los procesos de incorporación de los avances tecnológicos del sector empresarial a los efectos de valorar su impacto ambiental con su implementación, en relación a los principio precautorio y de prevención, como más adelante será tratado en este ensayo jurídico.⁴

En Cuba, Cobo Roura, Odriozola Guitart, Rodríguez Covián, Aguilar Villán, Moreno Cruz Y Horta Herrera han abordado los temas relacionados con el Derecho de la Empresa a partir del Derecho Económico, de la Propiedad Industrial, la innovación biotecnológica, la protección de tecnologías, el secreto empresarial, las marcas, el diseño industrial, y la competencia desleal, entre otras temáticas incidentes en el tráfico mercantil para las personas naturales y jurídicas desde la Ciencia del Derecho.⁵

-
- 4 SANTA CRUZ RAMOS, A.L. *Direito Empresarial Ezquematizado*, Editorial Método, Brasil, 2010, pp. 95-157; SHARP JUNIOR, Ronald, *Direito Comercial e de Empresa Sistematizado*, Editorial Enselvier, Brasil, 2010, pp. 330-366; RABELO, Gabriel, *Direito Empresarial*, Editorial Método, Brasil, 2010, p.43.
- 5 A. A. *Temas de Derecho Económico*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005; MORENO CRUZ, M. y HORTA HERRERA, E. *Selección de lecturas de Propiedad Industrial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

En el orden teórico, se constata que aún no han sido establecido los límites de la auditoría ambiental con la inspección ambiental como actividad de control, y sus lindes con la evaluación de impacto ambiental ante una insuficiente delimitación teórica y normativa con las Ciencias Empresariales y Ambientales, pertinente en la implementación de esta transferencia de tecnologías.

Hoy se aprecia que la tecnología que se implementa en la mayoría del sector empresarial cubano muestra altos signos de envejecimiento, obsolescencia y heterogeneidad industrial, con una data de más de medio siglo de explotación, elementos estos que no le permite ser en el siglo XXI competitiva en mercados foráneos con barreras comerciales exigentes, permiten señalar que la ausencia de una norma especial para la instrumentación de la auditoría ambiental incide en su no adecuada comprensión, asimilación y conocimiento pleno del papel que jugará en el sistema empresarial cubano y de su reconocimiento en relación con el tema abordado en una futura Ley de Empresas la transferencia de tecnologías y su adecuada implementación para el desarrollo sostenible.

Aspectos jurídico-contractuales en el ordenamiento jurídico cubano

En el mundo de hoy, el país, carente de capital, de determinadas tecnologías y hasta muchas veces de mercado, en aras de reestructurar su industria, amplió y facilitó el proceso de inversión extranjera en nuestra economía, teniendo como principio fundamental el respeto a la independencia y a la soberanía alcanzadas a través del proceso revolucionario que llevamos a cabo; lo que apoyaría de uno u otro modo en los esfuerzos que realiza el país en su desarrollo económico social, lo cual dio lugar a que necesariamente se propiciaran las inversiones privadas y foráneas.

La normativa nacional en el entorno empresarial cubano: los esfuerzos por aunar criterios estrechamente vinculados con la transferencia de tecnología, y a la vez estimados dentro de la economía basada en el conocimiento, la inversión, y la innovación constituyen un factor de amplia complejidad por las implicaciones que en todo el universo jurídico trae consigo. Las que

necesitan de tener un adecuado control en su implementación, ponderando los principios del Derecho Ambiental y los del Derecho Administrativo.⁶

A continuación, se exponen las normas jurídicas más utilizadas y referidas por la literatura científica en la transferencia de tecnologías para el caso de Cuba, reguladas en el ordenamiento jurídico:

- Constitución de la República que establece en su Artículo 39: “El Estado orienta, fomenta y promueve la educación, la cultura y las ciencias en todas sus manifestaciones” especificando en sus apartados e) y f): e) La actividad creadora e investigativa en la ciencia es libre. El Estado estimula y viabiliza la investigación y prioriza la dirigida a resolver los problemas que atañen al interés de la sociedad y al beneficio del pueblo. f) El Estado propicia que los trabajadores se incorporen a la labor científica y al desarrollo de la ciencia.⁷
- El Decreto Ley No. 68 de 1983, *De Invenciones, Descubrimientos Científicos, Modelos Industriales, Marcas y Denominaciones de Origen*. Los artículos 184 y 185 del título XI, se refieren a la protección de Invenciones, Modelos Industriales y Marcas involucrados en el proceso de transferencia de tecnologías y establece restricciones en las negociaciones de activos intangibles a cumplir por los Organismos de la Administración Central del Estado.⁸
- Decreto No. 5 de 1977, *Reglamento del Proceso Inversionista*, que regula las funciones, obligaciones y relaciones de las diferentes entidades que intervienen en el proceso inversionista, entendiendo por inversiones solamente aquellas que, atendiendo a su estructura tecnológica, comprendan trabajos de construcción o montaje, con independencia del carácter productivo o no de la misma.⁹
- Decreto No. 105 de 1982, *Reglamento para la evaluación y aprobación de las propuestas de inversión y de las tareas de inversión*, es uno de los instrumentos que muestra un alcance amplio por referirse la cuestión inversionista, pero desconoce todo aquello que refiere al capital intelectual y sus derivaciones producidas como parte de la tecnología.¹⁰

6 ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. *A auditoría ambiental dentro do Direito Ambiental. Os principíos do Direito Ambiental que a informam, papel da EFS na área ambiental*, en Revista del Tribunal de Cuentas, Brasil, 2015.

7 Constitución de la República de Cuba, G.O. Extraordinaria No. 3 de fecha 31 de enero de 2003.

8 Decreto Ley No. 68, *De Invenciones, descubrimientos científicos, modelos industriales, marcas y denominaciones de origen*, G.O. Extraordinaria No. 10 de fecha 14 de mayo de 1983.

9 Decreto No. 5, *Reglamento del Proceso Inversionista*, G.O. Extraordinaria No. 4 de 23 de septiembre de 1997, modificado por el Decreto No. 327, *Reglamento del proceso inversionista*. G.O. Extraordinaria No. 5 de fecha 23 de enero de 2015.

10 Decreto No. 105, *Reglamento para la evaluación y la aprobación de las propuestas y tareas de inversiones*, G.O. Ordinaria No. 41 de 19 de mayo de 1982.

- El Decreto No. 7 y No. 58 de 1989, establecen la reglamentación y funcionamiento de los comités de expertos, atribuyendo al Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, la facultad de evaluar y dictaminar sobre la tecnología asociada a las inversiones del país.¹¹
- El Acuerdo No. 2328, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 1994, en su apartado segundo, numeral 6, referido a las atribuciones y funciones del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de establecer, de acuerdo con la política científica y tecnológica nacional, las normas técnicas, municipios y bases metodológicas para evaluar la importación y exportación de tecnologías y su impacto económico, social y ambiental.¹²
- La Resolución 13 de 1998 del CITMA, Requisitos básicos para la fundamentación, evaluación y dictamen de la transferencia de tecnología, asociada con los proyectos de inversión nominales propuestos en los estudios de factibilidad, que resulta de la asociación entre las inversiones y la tecnología como parte de la construcción teórico conceptual para acotar una posible variante de transferencia tecnológica. Esta establece que durante la etapa de preinversión los organismos inversionistas deberán de consultar al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente el estudio de factibilidad por el jefe de organismo antes de su presentación al Ministerio de Economía y Planificación para su evaluación y aprobación.
- La Resolución No 14 de 2001, que establece el procedimiento para desarrollar el proceso de negociación, presentación de solicitudes y evaluación de las propuestas de Inversión Extranjera.
- Resolución 126 de 2007, pone en vigor el Procedimiento para la Evaluación de los Estudios de Factibilidad de las Inversiones vinculadas a las esferas de la ciencia, la tecnología y medio ambiente.

Estas normativas jurídicas, valoran los autores que aún y cuando representan un avanzado paso hacia la implementación de la Transferencia Tecnológica, padecen en su mayoría un marcado carácter tecnologicista, amén del fin socio-cultural de la economía y el desarrollo tecnológico, necesitadas de un adecuado constructo desde la doctrina como se ha venido citando en el ensayo dentro del ordenamiento jurídico.¹³

11 Decreto No. 58, *Reglamento evaluación y aprobación de proyectos técnicos*, G.O.O. de 27 de diciembre de 1979.

12 Acuerdo No. 2328, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de 25 de noviembre de 1994.

13 ROMANO,S. *El ordenamiento jurídico*, trad. de la 2^{da} edición efectuada por Sebastián Martín Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

Pretiriendo la valuación necesaria de sectores populares, donde también se implementan los paquetes tecnológicos: instituyen la verticalidad legal, que a pesar de organizar relaciones de subordinación, arroja como resultado la imposibilidad autónoma directa de las empresas para establecer vínculos de transferencia tecnológica a partir de sus necesidades endógenas, pues al pasar por un mecanismo escalonado, instrumental, engorroso y bastante largo, corren el riesgo de desestimación al someterse a una evaluación a diferentes instancias que dispondrán finalmente la pertinencia de lo que ellas mismas deben conocer mejor que nadie.¹⁴

Prosiguiendo el *íter* de lo señalado, la actividad de control a través de la inspección o de la auditoría, son herramientas de gestión importantes para realizar la evaluación de su impacto y ponderar los principios precautorio, prevención, legalidad y responsabilidad, tal y como se ha señalado por ANTÚNEZ SÁNCHEZ, y RAMÍREZ SÁNCHEZ en sus estudios sobre esta temática en el Derecho cubano.¹⁵

Transferencia tecnológica horizontal y contextualizada. Un reto para la economía cubana

Tecnología y Desarrollo

Es imposible hablar de tecnología, sin detenerse en la finalidad que la determina, en tanto deviene en mejoras, perfeccionamiento, especialización, evolución; esta finalidad que persigue un futuro próspero y perfeccionado, se ha llamado por comunidad internacional: Desarrollo. Después de la Revolución Industrial¹⁶, con la consolidación de la ciencia moderna, construida a partir de

14 PÉREZ, C. *Las nuevas tecnologías: una visión de conjunto*, en C. Ominami (Ediciones) *La Tercera Revolución Industrial*, Grupo Editor Latinoamericano RIAL, Buenos Aires, 1986, pp.43- 89.

15 ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. y RAMIREZ SÁNCHEZ, A. *Actualización del modelo económico cubano para el ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio*, en Revista Multiciencias, no. 3, Venezuela, 2015, p. 1-27; La Ley No. 81 de 1997, dispone que toda actividad susceptible de producir efectos significativos sobre el medio ambiente o que requiera de un debido control a los efectos del cumplimiento de lo establecido por la legislación ambiental, está sujeta al otorgamiento de una licencia ambiental por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de conformidad con lo que al respecto estipule este organismo.

16 MENDEZ GUTIERREZ DEL VALLE, R. *Teoría de las revoluciones industriales*, tres son

los siglos XVI y XVII, surgió el “modo clásico” de desarrollo, el cual presenta las siguientes características:

- Universalidad de la “tecnología” y de los modelos para su transferencia y adopción;
- Visión mecánica de la realidad, donde la metáfora de una máquina sirve para comprender el funcionamiento del mundo; y
- Neutralidad del proceso de desarrollo, a partir de la creencia de que el método científico mantiene alejados los valores e intereses humanos.

Existen diferentes contextos según el modo de desarrollo, estos se superponen gradual y evolutivamente. DE SOUZA SILVA expone tres tipos de estos escenarios de donde emergen respectivas revoluciones. Nos habla de una *revolución económica, liderada por el mercado y que establece un nuevo régimen de acumulación y representación del capitalismo global*; *una revolución tecnológica bajo el comando de la máquinas y la que consideramos más completa: una revolución cultural que; cuestionando las premisas de la civilización occidental, bajo una visión contextual del mundo; crea un escenario bajo el orden de una sociedad que asume el mundo como una trama de relaciones y significados entre diferentes formas y modos de vida, promoviendo así la relevancia de lo humano, lo social, lo cultural, lo ecológico y lo ético.*

Indudablemente la tecnología engloba el proceso mediante el que los hombres perfilan instrumentos y máquinas para agrandar su control y comprensión de la naturaleza y de su entorno material.

Pero su definición no se reduce a ese talante, si pensáramos así, estaríamos marginando los medulares aspectos relacionados con el hombre, su cultura y las motivaciones de su conocimiento. De ahí que nos es indispensable encauzar el avance tecnológico comulgando con las premisas de una revolución cultural, que apueste por el progreso y transfiera tecnologías al interior de su tejido empresarial y social-sistémico, persiguiendo el desarrollo con una visión humanocéntrica.

revoluciones, la primera en la industria metalúrgica y textil, la segunda con el motor de explosión-explosivos químicos, la industria del automóvil, la industria siderúrgica y la producción de aparatos eléctricos, la tercera con la biotecnología, la microelectrónica y la informática -1800-2007- en, Revista del Ministerio de Fomento, España, 2009, pp.7-29.

El país se orienta hacia esta finalidad, pero en el transcurso de sus intentos y esfuerzos, su propia normativa y planificación directriz se han alejado de ese fin primigenio, reflejando de manera silente el verdadero resultado que persigue la tecnología en el entramado de las relaciones sociales donde se gesta y es, finalmente, introducida.¹⁷

El modelo vertical de transferencia tecnológica

Al asumir como necesidad una *economía planificada*, Cuba tuvo que arrostrar los retos y consecuencias que resultan de este fenómeno. La existencia de la centralización en una república unitaria, establece como núcleo central la capital y sus instituciones como el centro económico y de poder más relevante de toda la nación.

De ahí que el rol de las instituciones científicas (centro de investigación, polos científico-técnicos y centros académicos) en su papel de facilitadoras del desarrollo, convierten, recurrentemente, sus propuestas en el fin de su empeño y no en el medio para orientar el desarrollo. Por esta razón, se trata de generalizar, la transferencia de paquetes tecnológicos, que a su consideración representan prioridad, según las condicionantes de ese contexto urbano.¹⁸

A partir de esta noción, las empresas que lideran tecnológicamente, se ven en la necesidad de adoptar paquetes tecnológicos que, según las prelaciones establecidas en las direcciones nacionales, resultan precisas y viables en razón de su implementación. Entonces se produce una ruptura entre la realidad de los contextos empresariales, y las directrices que prevalecen. Los trámites de negociación, la conciliación según motivaciones de la empresa, y la satisfacción a demandas de la propia sociedad, son remplazadas por necesarias orientaciones, que con carácter administrativo se superponen indefectiblemente.

Esta *verticalidad* de la transferencia tecnológica tiene un trasfondo internacional mucho más grave, pues a pesar de existir cierta negociabilidad en la gestión de tecnologías foráneas, prima un principio de sabiduría discriminativa en el que, a pesar, de los contratos de asistencia técnica, el *know-how*, licencias

17 NÚÑEZ JOVER, J. y MONTALVO ARRIETE, L. *La política de ciencia, tecnología e innovación en la actualización del modelo económico cubano: evaluación y propuestas en*, Revista Economía y Desarrollo, No. 2, Universidad de La Habana, 2013, pp. 40-53.

18 INFANTE UGARTE, J. *La empresa estatal socialista cubana y su transformación competitiva en*, Revista electrónica Cofín Habana, No 4, ANEC, La Habana, 2014, pp-84-94.

de patentes, y las licencias de marcas de bienes y/o servicios; impera una estrategia capitalista de liderazgo científico-técnico sobre los receptores, creando intencionadamente una dependencia determinada por el consumo que se asienta en patrones de la moda y del avance tecnológico. Los países subdesarrollados, se convierten en consumidores diarios de paquetes tecnológicos¹⁹ transferidos que casi nunca terminan con mejoras o innovaciones para las naciones, y el ciclo amenaza con sacralizarse irrevocablemente.²⁰

Cuando la transferencia de tecnologías busca, comprometidamente, una solución a los problemas que se plantean en la sociedad, y lo hace relacionando la ciencia (el campo de los conocimientos científicos) y la técnica (sus conocimientos, herramientas y capacidad inventiva) con la estructura económica y sociocultural del medio (las formas organizativas, los modos de producción, el marco cultural, entre otros aspectos) entonces se está en presencia de un modo puramente horizontal de transferencia tecnológica.²¹

Descongestión de los canales de acceso

Los mecanismos nacionales de acceso a la aprobación institucional para la transferencia de tecnologías, está demasiado congestionado de trámites administrativos, alejándose vertiginosamente de las realidades de los entornos empresariales y los actores que involucra; se prevén estudios de factibilidad, que son presentados y sometidos a comités de expertos en las delegaciones del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente²², sólo para empresas con aprobación de inversión extranjera; luego de este paso se presenta ante el

19 Decreto-Ley N° 313, de la Zona Especial de Desarrollo Mariel, G.O. Extraordinaria No. 26 de septiembre 2013.

20 Ley No. 118, *Ley de la Inversión Extranjera*, G.O. Extraordinaria No. 20, de fecha 16 de abril de 2014.

21 LAGE, A. *Las funciones de la ciencia en el modelo económico cubano*, en Revista Temas, No. 69, Cuba, 2012, pp. 31-42; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. *La empresa de alta tecnología. Una visión desde el Derecho* en, Revista Legis, Foro de Derecho Mercantil, Colombia, 2016.

22 Ley No. 81, *de Medio Ambiente*. G.O. Extraordinaria No.7 de fecha 11 de julio de 1997, en relación a velar por la implementación de los resultados de la Evaluación Ambiental Estratégica realizada por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente en los proyectos que se aprueben para la Zona de Desarrollo Industrial, como se aprecia se excluye a la Contraloría General de la República con la auditoría ambiental.

Ministerio de Economía y Planificación²³ que evalúa nueva y rigurosamente, y finalmente aprueba. Y ahora con la Contraloría General de la República²⁴, que también ejecutará acciones de control a través de la auditoría, hoy ausente en su desarrollo práctico por parte del órgano de control.

De tal forma que, con el ánimo de incentivar nuevas investigaciones, que abracen el reto de preservar las conquistas sociales obtenidas, y viajar a las interioridades de las necesidades de progreso tecnológico de nuestra sociedad socialista, cabría preguntarse:

- *¿Qué sucederá si en el transcurso de estos trámites sobreviene la obsolescencia de la tecnología en cuestión?*
- *¿Qué ocurre con las empresas que no están en la dinámica de inversión directa, o no son empresas mixtas, en cuanto a la negociación de la tecnología a transferir?*
- *¿Cómo se satisfacen las necesidades de empresas con tecnologías incipientes?*
- *¿Qué posibilidades decisorias tienen los directivos, empresarios y gerentes, para suscribir con empresas de capital foráneo, contratos de transferencia tecnológica con mecanismos de aprobación más simples?*

Finalmente, si se construye un proceso en virtud del cual: *teniendo como base un conocimiento previo y el impulso de una exigente o gradual necesidad de la empresa, se concibe y aplican nuevas ideas, objetos y formas tecnológicas que conducen a cambios útiles, que a su vez deben sostener una armonía con los factores socioculturales, ambientales y espirituales que informan la vida de las entidades, comunidades y localidades donde se introducen*; estaremos en presencia de un proceso de Transferencia Tecnológica que convive con las necesidades de su contexto y apuesta por el desarrollo endógeno de su entorno empresarial y de la sociedad en sentido general, será logrado con la empresa responsable, que pondere el desarrollo sostenible.²⁵

23 Decreto Ley No. 147, *De la reorganización de los OACE*. G. O. Extraordinaria No.2 de fecha 21 de abril de 1994; Ley No. 118, *Ley de la Inversión Extranjera*. G. O. Extraordinaria No. 20 de fecha 16 de abril de 2014.

24 Ley No. 107, *de la Contraloría General de la República de Cuba*. G.O. Ordinaria No. 29 de fecha 14 de agosto de 2009. En relación a la práctica de la auditoría ambiental para la evaluación de las nuevas tecnologías; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. *La auditoría ambiental en el Derecho Público*, (sin publicar), 2016.

25 ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. *Los principios del Derecho Ambiental que informan la auditoría ambiental en su aplicación por la Entidad Fiscalizadora Superior en Cuba*, en Revista De Jure, no. 1, Guadalajara, 2015; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. *La auditoría ambiental: Una revisión y*

En atención al referente de Castro Díaz-Balart al señalar que la empresa de base tecnológica: donde la tecnología constituye un elemento básico de diferenciación y la empresa es capaz de gestionarla en beneficio del negocio propio frente a los competidores y en armonía con el resto de sus funciones estratégicas, generando ventajas competitivas sostenidas.²⁶

4. A manera de Conclusiones

Las investigaciones realizadas acerca del tema, proyectaron aspectos conclusivos que servirán de incentivo a próximos estudios y acercamientos a los asuntos desarrollados en este trabajo.

1. La *Transferencia de Tecnología* surge como necesidad de lograr el desarrollo de una empresa, un grupo científico-social, o de un país en sentido general. Presentándose como un proceso complejo, con modalidades independientes, clasificaciones con sus particularidades, y una secuencia de etapas.
2. La legislación nacional, ha ido atemperando una normatividad jurídica en materia de Transferencia Tecnológica, pero ha instituido mecanismos de engorroso acceso, con trámites numerosos y exigentes, que prevalecen sobre el contexto donde se implementan los paquetes tecnológicos, deviniendo cuestionable su pertinencia.
3. El *modo clásico de desarrollo* propio del capitalismo, tendente a la mercantilización irracional de tecnologías; ha minado el mundo contemporáneo, imponiendo una filosofía del consumo tecnológico que desdice de procesos complejos donde conviven las relaciones de utilidad y los patrones culturales de las sociedades donde se implementan.
4. La construcción de un *proceso horizontal y contextualizado* de Transferencia Tecnológica entraña primero: *paliar el protagonismo hegemónico de los grandes focos tecnológicos internacionales, persiguiendo la generación de innovaciones tecnológicas de manera endógena* y; segundo: *establecer internamente métodos flexibles de negociación que desembaracen los mecanismos de acceso a la transferencia tecnológica y se supediten en relaciones de utilidad y funcionalidad según las realidades socioculturales de los contextos empresariales cubanos.*

propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial, en Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión, no. 26, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2015.

26 CASTRO DÍAZ-BALART F. *Amanecer del tercer milenio. Ciencia, tecnología y sociedad*. Editorial Debate, España, 2002.

Referencias bibliográficas

- AA. VV. *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, en SANZ LARRUGA, I. (coordinador), Editorial Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011, p. 117 y ss.
- AA. VV. *Temas de Derecho Mercantil cubano*, tomos I-II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- AA. VV. *La inversión extranjera y de la Unión Europea en Cuba*, Centro de Estudios de la Economía cubana, Universidad de La Habana, Cuba, 2012.
- ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. *La empresa de alta tecnología. Una visión desde el Derecho* en, Revista Legis Foro de Derecho Mercantil, Colombia, 2016.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. *Actualización del modelo económico cubano para el ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio* en, Revista Multiciencias, no. 3, Venezuela, 2015, p. 1-27.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. *Los principios del Derecho Ambiental que informan la auditoría ambiental en su aplicación por la Entidad Fiscalizadora Superior en Cuba* en, Revista De Jure, no. 1, Guadalajara, 2015.
- BARCELÓ LLAUGER, M. *Hacia una economía del conocimiento*, Editorial ESIC, Madrid, 2001.
- BARRRERA GRAF, J. *Derecho Mercantil*, 1^{ra} edición, Editorial UNAM, México, 1991, pp.77-92.
- BAYOS, H. *Tratado de Derecho Industrial*, Editorial Civitas, Madrid, 1978.
- BARBOSA PIMENTEL, Carlos, *Direito Empresarial*, 8^{va} edición, Editorial Elservier, Brasil, 2010, pp.41-50.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.
- CASTILLO VITLLOCH, A.; CABALLERO TORRES, I.; LAGE DÁVILA, A. *Modelo de gestión económica de la empresa estatal socialista de alta tecnología a la luz de los Lineamientos del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba*, en Revista Economía y Desarrollo, no. 2, Universidad de La Habana, Cuba, 2012, pp. 94-123.
- CASTRO DÍAZ-BALART, F. *Ciencia, innovación y futuro*, Editorial Grijalbo Mandadori, Barcelona, 2002.

- CASTRO DÍAZ-BALART F. *Amanecer del tercer milenio. Ciencia, tecnología y sociedad.* Editorial Debate, España, 2002.
- CABAL MIRABAL, C. y RODRÍGUEZ CASTELLANOS, C. *Una visión de la ciencia en Cuba. Pasos y Caminos en, Revista Anales de la Ciencia en Cuba*, no. 5, La Habana, 2015.
- CABAL, C. *La ciencia cubana componente del patrimonio cultural de la nación*, en Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba, La Habana, 2014.
- CAÑIZARES ABELEDO, F. *Derecho Comercial*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2012.
- CRUZ RODRÍGUEZ, V. *El Derecho como barrera o catalizador de los procesos de innovación rural: una visión a favor del desarrollo rural cubano*, Universidad de Granma, 2010.
- CARRERAS, M. *Reglamentación jurídica de la propiedad industrial. Primer seminario sobre derechos de autor, propiedad industrial y transferencia de tecnología*, Editorial UNAM, México, 2004.
- CONTRERAS, C. *Transferencia de tecnología a países en desarrollo*, Editorial Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales S.A. Lima, 2003.
- COOPER, R. *The dimensions of industrial new product success and failure*, Editorial Journal of Marketing, Oslo, 2005.
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, R. *Las empresas mixtas. Regulación jurídica*, 2^{da} Edición, Consultoría Jurídica Internacional, La Habana, 1993.
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, R. *Fronteras y contratos. Derecho aplicable al contrato internacional*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2005.
- DE SOUZA SILVA, J. *¿Quo Vadis Innovación Institucional? La Innovación de la Innovación, del cambio de las cosas al cambio de las personas que cambian las cosas. Red Nuevo Paradigma para la Innovación Institucional en América Latina*, División ISNAR del IFPRI, Costa Rica, 2006.
- ETZKOWITZ, H. *Innovation in Innovation: The Triple Helix of University-Industry-Government Relations. Social Science Information*, no. 42, Estados Unidos de América, 2003, pp. 293-337.
- ESTEVE PARDO, J. *De la política administrativa a la gestión de riesgos*, en Revista Española de Derecho Administrativo, no. 119, España, 2003.
- PAREJO ALFONSO, L. *El Derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, Editorial Tiran lo Blanch, España, 2015.
- PÉREZ, C. *Las nuevas tecnologías: una visión de conjunto*, en C. Ominami (Ediciones) La Tercera Revolución Industrial, Editorial Latinoamericano RIAL, Buenos Aires, 1986, pp.43- 89.

- PEÑA SOLÍS, J. *La actividad de la Administración Pública: de policía administrativa, de servicio público, de fomento y de gestión económica*, Manual de Derecho Administrativo, Volumen 3, Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo, Venezuela, 2003.
- RABELO, G. *Direito Empresarial*, Editorial Método, Brasil, 2010, p.43.
- RÍOS GUAL, J. *La reingeniería aplicada al mundo empresarial del siglo XXI* en, Revista de Empresas, España, 2007.
- LAGE, A. *Las funciones de la ciencia en el modelo económico cubano*, en Revista Temas, no. 69, Cuba, 2012, pp. 31-42.
- LEMARCHAND, G. *Las políticas de ciencia, tecnología e innovación en América Latina y el Caribe durante las últimas seis décadas*. Red de Información en Política Científica (SPIN), Oficina Regional de Ciencia de la UNESCO para América Latina y el Caribe, 2010, p.132, Disponible en: <http://spin.unesco.org.uy> (Consultada 20 septiembre 2016).
- LE RIVERAND, J. *Acerca de la historia económica de Cuba: fuentes y orientaciones*, Editorial Ciencias Sociales Contemporáneas, La Habana, 1965, pp.23-50.
- LIBRO VERDE, *Marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2003.
- MATILLA CORREA, A. *Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano*, en AA. VV. en, Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- MORÁN MARTÍNEZ, L. *La Propiedad Industrial en los Acuerdos de Transferencia de Tecnología*, Editorial OCPI, La Habana, 2002.
- MORENO CRUZ, M. y HORTA HERRERA, E. *Selección de Lecturas de Propiedad Industrial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- MÉNDEZ GUTIERREZ DEL VALLE, R. *Teoría de las Revoluciones Industriales*, Ministerio de Fomento, España, 2009.
- NUÑEZ JOVER, J. La Ciencia y la Tecnología como procesos sociales. Lo que la educación científica no debería olvidar, 2^{da} edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- NUÑEZ JOVER, J. *La política de ciencia, tecnología e innovación tecnológica en Cuba: evaluación y propuestas*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2015.
- NUÑEZ JOVER, J. y MONTALVO ARRIETE, L. *La política de ciencia, tecnología e innovación en la actualización del modelo económico cubano: evaluación y propuestas* en, Revista Economía y Desarrollo, no. 2, Universidad de La Habana, Cuba, 2013, pp. 40-53.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Hacia las sociedades del conocimiento. Informe mundial de la UNESCO, 2005, Disponible en: <http://www.unesco.org/publications>

INFANTE UGARTE, J. *La empresa estatal socialista cubana y su transformación competitiva* en, Revista electrónica Cofín Habana, no. 4, La Habana, 2014, pp-84-94.

INFORME del 7mo Congreso del Partido Comunista de Cuba, Editorial Empresa Gráfica de Holguín, Cuba, 2016.

SANTA CRUZ RAMOS, A. *Direito Empresarial Ezquematizado*, Editorial Método, Brasil, 2010, pp. 95-157.

SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*, en Revista de Derecho Privado, España, 1995.

SALAS COUCE, C. *La inversión extranjera directa en Cuba. Situación actual y propuesta de política*, en Revista Análisis Económico, no. 51, México, 2007.

SORIANO GARCÍA, J. *El Derecho Administrativo y los desafíos del siglo XXI*, Editorial Aranzadi, España, 2011, pp. 1-29.

SHARP JUNIOR, R. *Direito Comercial e de Empresa Sistematizado*, Editorial Enselvier, Brasil, 2010, pp. 330-366.

PAREJO ALFONSO, L. *El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, 1^{ra} edición, Editorial Tirand lo Blanch, España, 2015.

PRIETO VALDÉS, M. *El ordenamiento jurídico cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, pp.143-149.

TRIANA, J. Economía Basada en el Conocimiento. In TECNOGEST'2009, XI Encuentro Nacional Gestión del conocimiento y empresas de alto desempeño. Disponible en: URL:\10.12.1.64\docs\PSI\PreGrado\Comunicación Social\Disciplina Gerencia y Mercadotecnia\Mercado y Tecnología\Bibliografía\TECNOGEST\

KLINÉ, Stephen J. *An Overview of innovation*. Editorial National Academy Press. Washington, 1999.

URIA, R. *Derecho Mercantil*, Tomo I-II, Editorial Félix Varela, Cuba, 2008.

VALLS, J. *Tecnología e innovación en la empresa. Dirección y gestión*. Editorial UPS. Navarra, 2000.

VEGA PEÑA, Y. *Los Acuerdos de Licencia en la transferencia de tecnologías para la comercialización de activos intangibles de Propiedad Intelectual*. Universidad de Oriente, Cuba, 2007.

VILLAR PALASÍ, J. *La actividad administrativa industrial del Estado en el Derecho Administrativo* en, Revista de Administración Pública, número 3, España, 1950.

El paternalismo jurídico y su justificación ética en el pensamiento de Ernesto Garzón Valdés

Legal paternalism and its ethical justification
in Ernesto Garzón Valdés philosophy

Le paternalisme juridique et sa justification éthique
d'après la pensée d'Ernesto Garzón Valdés

O paternalismo jurídico e sua justificação ética no
pensamento de Ernesto Garzón Valdés

Helga María Lell*
orcid.org/0000-0001-7703-6341

-
- * Doctora en Derecho (Universidad Austral), Maestranda en Filosofía (Universidad Nacional de Quilmes) y Especialista en Estudios Sociales y Culturales (Universidad Nacional de La Pampa). Investigadora del Conicet (Argentina). Directora del Centro de Investigaciones en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam). Docente de grado y posgrado de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam), colaboradora externa de la Cátedra internacional de Ley Natural y Persona Humana e investigadora del Instituto de Estudios Americanos y Europeos (Facultad de Ciencias Humanas, UNLPam). Nacionalidad Argentina. Institución: Conicet/CICJ (FCEyJ, UNLPam). Dirección postal: Belgrano Norte 731, Santa Rosa, La Pampa, Argentina, CP 6300. Correo electrónico: hlell@ius.ustral.edu.ar .

FALTA Cómo citar este artículo:

Cáceres, V. (2017). La problemática de la regulación de los hidrocarburos y el agua en Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47 (126), pp. 75-109.

Recibido: 4 de noviembre de 2016.

Aprobado: 23 de mayo de 2017.

Resumen

En 1988 se publicó en la revista *Doxa* un artículo de la autoría de Garzón Valdés titulado *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, el cual procura responder dicho interrogante desde una perspectiva conciliatoria entre las posiciones liberales y del Estado social de Derecho. En este marco, el presente artículo retoma la posición del autor, analiza la posibilidad de admitir que algunos tipos de paternalismo jurídico puedan ser éticamente aceptables aun defendiendo una postura liberal y retoma el debate que mantuvo con otros jusfilósofos. Dado que la intención del texto es meramente expositiva, la metodología consiste en la indagación bibliográfica y en la descripción de los aspectos centrales de la obra del autor mencionado.

Palabras clave

Paternalismo jurídico, justificación ética, liberalismo, Estado social de derecho, Garzón Valdés.

Abstract

In 1988, in Doxa journal, an article written by Garzón Valdés was published under the title “Is legal paternalism ethically justifiable?” in which the author tries to answer that question from a perspective that harmonizes the liberal point of view with a social State conception. In this context, this article describes the author’s idea, analyzes the possibility of admitting certain kinds of legal paternalisms that might be acceptable from an ethical perspective and presents the debate that he had with others legal philosophers. The methodology of the article is a descriptive one based on the reading of Garzón Valdés publications.

Key words

Legal paternalism, ethical justification, liberalism, social State, Garzón Valdés.

Résumé

En 1988, le philosophe Garzón Valdés, dans un article intitulé *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico ?* paru dans la revue Doxa, cherche à répondre à cette question (Le paternalisme juridique est-il justifiable du point de vue éthique ?) depuis une perspective conciliatoire entre la position libérale et celle de l’État de droit. Dans ce cadre, il analyse la possibilité d’admettre que quelques types de paternalisme juridique puissent être éthiquement acceptables malgré la défense de préceptes libéraux tout en s’appuyant sur des débats à ce sujet qu’il aurait entretenus avec d’autres philosophes. Etant donné que l’intention de l’article est purement informative, la méthodologie consiste en une recherche bibliographique intensive et en la description des aspects fondamentaux de l’œuvre de cet auteur.

Mots clés

Paternalisme juridique, justification éthique, libéralisme, État social du Droit, Garzón Valdés.

Resumo

Em 1988, o artigo de Garzón Valdés “É eticamente justificável o paternalismo jurídico?” foi publicado na revista *Doxa*. Neste texto, o autor procura responder este interrogante desde uma perspectiva que concilie as posições liberais com o Estado Social de Direito. Neste marco, este artigo retoma a posição do autor, analisa a possibilidade de admitir certos tipos de paternalismo jurídico desde um ponto de vista ético e retoma o debate que manteve com outros filósofos do direito.

A metodologia é expositiva e se concentra na leitura e descrição das obras do Garzón Valdés.

Palavras-chave

Paternalismo jurídico, justificação estica, liberalismo, Estado Social de direito, Garzón Valdés.

Introducción

En 1988 se publicó en la revista *Doxa* un artículo de la autoría de Garzón Valdés titulado *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*¹, el cual, si bien procura como objetivo central responder dicho interrogante, también presenta algunas cuestiones conexas: tipos de intervención sobre las conductas que son semejantes al paternalismo, injerencias en las acciones para evitar daños a terceros y argumentos contra el paternalismo jurídico. Aunque no es una meta explícita de su trabajo, el tratamiento del tópico permite reflexionar acerca de la posibilidad de conciliar la perspectiva liberal con la existencia de un Estado Social de Derecho (Alemany, 2007).

El gran acierto de dicho artículo consiste en la conciliación de perspectivas como la liberal con la legitimación ética de algunos casos de paternalismo jurídico (y otros, por el contrario, son tildados de no éticamente justificables), en brindar un fundamento objetivo para legitimar las medidas paternalistas y, sobre todo, para procurar mantener al mínimo y solo en pos del no perjuicio del afectado la intervención de un tercero en la vida de un sujeto que, a raíz de ciertas circunstancias determinadas con cierto grado de precisión, podría llegar a provocarse un daño.

A pesar de la gran riqueza temática que presenta el debate sobre el paternalismo jurídico y sus consecuencias éticas y políticas, estas páginas se limitarán únicamente al análisis del punto III del artículo de Garzón Valdés, esto es, a aquel que tiende a responder al interrogante que da lugar al título.²

1 Ver Garzón Valdés (1988a). Este artículo fue publicado en el marco de la sección "Sobre el paternalismo", que surge a partir de las Primeras Jornadas sobre Problemas de Filosofía Práctica celebradas en Barcelona en 1987 y que reúne trabajos sobre este tópico de Camps (1988a), Diertelen (1988a), Resta (1988) y de Lucas (1988). Además, Atienza (1988) realiza una síntesis y una crítica de estas perspectivas y cada autor expone su réplica (ver Garzón Valdés, 1988b; Camps, 1988b y Diertelen, 1988b). Por otro lado, cabe destacar que una versión preliminar del trabajo que aquí se comente fue publicada en la *Revista Latinoamericana de Filosofía* (vol. XIII, nº 3, 1987), editada en Buenos Aires. Finalmente, resta aclarar que existe otra obra de Garzón Valdés en la cual se trata el tópico del paternalismo: *Intervencionismo y paternalismo* (ver Garzón Valdés, 1993).

2 El paternalismo es un tema ampliamente tratado en la filosofía política, moral y jurídica. Por tal motivo, aquí no se hará remisiones a bibliografía sobre el tópico. No obstante, en particular, sobre el paternalismo jurídico y un acercamiento entre esto y la teoría de Garzón Valdés, se recomienda la lectura de Alemany (2005 y 2007).

El paternalismo jurídico

En el inicio de su artículo, Garzón Valdés introduce la cuestión que lo motiva a reflexionar sobre el paternalismo jurídico y que, por lo tanto, es la que tiene en mente a la hora de definir este fenómeno. Así, menciona que la reciente aparición del llamado “neoconservadurismo” ha implicado intentos por desmantelar el Estado social por ser una forma moralmente inaceptable de agresión paternalista³ y que es ello, precisamente, lo que conduce a poner en tela de juicio la plausibilidad de justificar éticamente la coacción estatal en casos que van más allá de la intención de evitar el daño a terceros. Se detendrá en esta cuestión brevemente.

Para comenzar a acercarse a la definición de paternalismo, es posible vislumbrar que existe al menos un sujeto (ya sea un individuo o un colectivo como el Estado) que interfiere en las conductas de las personas (sobre ellas, las medidas pueden recaer de manera general o individual). Esta interferencia tiene como objeto evitar algún tipo de daño que el mismo sujeto pudiera llegar a infringirse, es decir, responde a un principio negativo (solo se interviene en casos excepcionales; en los restantes, prevalece la autonomía/libertad del individuo). En este último punto es donde se puede marcar una primera distinción:

1. Por un lado, el interventor (individual o colectivo) procura lograr un mejor estado de cosas evitando que las personas que conviven en una sociedad se lesionen entre sí, es decir, la interferencia tiende a evitar el daño a terceros (por ejemplo, sancionando conductas como el homicidio, lesiones a terceros, violaciones a la propiedad, entre otros).
2. Por el otro, el interventor (individual o colectivo) intenta evitar que una persona se lesione a sí misma, es decir, la interferencia ocurre no para armonizar distintos planes de vida sino que se aplica para corregir uno en particular.

El primero de los casos parece no tener mayor discusión (aunque pueden presentarse muchos puntos para debate, como por ejemplo hasta dónde el interventor puede regular la conducta de los sujetos, cuál es el límite entre resolución de conflictos y expropiación de conflictos de la víctima, entre otros). En cambio, el segundo es el que reviste importancia para el artículo que aquí se comenta.

³ Al respecto, cita expresamente a R. Nozick, autor libertario que critica toda forma de justicia distributiva en su obra *Anarquía, Estado y Utopía*.

Conforme al autor que convoca este estudio, las medidas paternalistas en términos jurídicos son aquellas en las que alguien obliga a otro a hacer o no hacer algo en pos de su propio no perjuicio (o sea, se garantiza que algo no ocurra en contra del obligado). Nadie más que el receptor de la medida paternalista se ve beneficiado o perjudicado.

Garzón Valdés señala que existen otras dos formas de intervención coactiva relacionadas, aunque no idénticas, con el paternalismo jurídico propiamente dicho: cuando el Estado interviene con el propósito de asegurar un beneficio para el destinatario de la medida (beneficio que puede ser físico, psíquico o económico) y el perfeccionismo (que implica la toma de medidas para perfeccionar el carácter de la persona a la que se impone). La diferencia, aunque pequeña, respecto del paternalismo jurídico, radica en que estos dos tipos de intervenciones se guían por una idea de promover activamente el bien (y no la evitación de un daño).

Es relevante resaltar la idea del “no perjuicio” o la “evitación de un daño” ya que allí se introduce una discrepancia con otros autores y también una polémica con Atienza (1988). Este autor español, al referirse a la concepción de Garzón Valdés, menciona en reiteradas ocasiones las palabras “bien” y “beneficio” y desde allí desprende algunas críticas respecto de la subjetividad en las definiciones (por ejemplo, quién decide quién es el que puede perjudicarse, la noción del bien es subjetiva, entre otros). El jurista argentino destaca enfáticamente que su concepción del paternalismo no tiende a provocar ningún bien o beneficio (y, por lo tanto, no hay beneficiados) sino que solo se limita a evitar un daño o perjuicio para aquel sobre el que recae la medida paternalista.

Este último punto, si bien suele ser claramente distinguido, amerita destacar que el mero hecho de evitar un daño implica un beneficio *per se*, es decir, se da un mejor estado de cosas (aquel con intervención) en comparación con otro posible (aquel sin intervención). La diferencia radica en la intención del agente “paternal”: evitar un daño es distinto que elegir un bien distinto a aquel que ha elegido el sujeto destinatario (bien que no lo dañaría). La diferencia puede, en algunas ocasiones, ser muy sutil, y el mayor inconveniente surge a la hora de trazar un límite respecto de si el destinatario de la medida ha elegido un bien que debe ser respetado o un camino auto-lesivo.

En clave de Estado social, ¿cómo se aplica esta idea del paternalismo jurídico? Los ejemplos brindados son la prohibición de la venta de drogas, la imposición

del uso de cinturones de seguridad en los automotores (que evitan o reducen las lesiones o, incluso, la muerte en caso de un accidente), la obligación de hacer aportes jubilatorios (que reducen la posibilidad de no quedar sin sustento tras dejar de trabajar a causa de la edad), las disposiciones sobre la incapacidad jurídica de los débiles mentales, pródigos, alcohólicos o drogadictos (que procuran evitar daños patrimoniales o personales), entre otras.

Como ya puede atisbarse, el paternalismo jurídico implica una opción (en el caso del Estado social, de carácter político) que tiende a proteger a un individuo cuya conducta pueda producir un daño para sí mismo únicamente.

En cuanto a en qué casos procede una medida paternalista, existen algunas características que son claves:

- a. El individuo destinatario de la medida paternalista no la consiente, es más, es posible que la rechace en el momento de su aplicación (aunque puede reconocer su bondad con posterioridad).
- b. La decisión paternalista es tomada por un sujeto distinto al receptor y que se encuentra en mejores condiciones para detectar qué es lo menos lesivo para el destinatario. Es necesario destacar que este interventor actúa para evitar que el sujeto se dañe, pero no debe generar un modo de vida virtuosa ya que esta fina diferencia (a veces, casi imposible de establecer) es la que separa al paternalismo jurídico del perfeccionismo.

En otro orden de ideas, aparece otro inconveniente a sortear: la función moralizante que puede cumplir el orden jurídico al momento de determinar qué es un daño o cuál es el mejor estado de cosas. Este problema representa una mayor dificultad para su resolución y el mismo Garzón Valdés señala que debe dejar de lado provisoriamente la cuestión del “moralismo jurídico” y esboza algunas líneas en adhesión a una moral positiva definida desde el punto de vista interno⁴.

No obstante, el rol de la moral no es menor y tampoco fácilmente separable, ya que es parte del fundamento de por qué alguien puede intervenir o no sobre la vida de un sujeto. Para aportar claridad, se retoma el punto b) de las características del paternalismo jurídico, esto es, la existencia de un interventor que, en pos de evitar un perjuicio al destinatario a partir de evitar un daño, toma decisiones y que se encuentra en mejores condiciones para ello. Estas

4 Sobre el punto de vista interno, ver Hart (1961).

notas dan lugar a dos preguntas que son centrales: ¿por qué alguien tiene el derecho (o, incluso, el deber) de intervenir en la vida de otro y este otro tiene el deber de acatar?, ¿por qué alguien está en mejores condiciones que otra persona (y, de hecho, mejor que el receptor de las medidas paternalistas) para decidir sobre la vida del destinatario de las medidas?

Finalmente, cabe destacar que Garzón Valdés se refiere al paternalismo jurídico, es decir, a un tipo especial dentro del género, caracterizado por interferir en la conducta de los individuos a partir de brindar el carácter de obligado, permitido o prohibido a una acción por la imputación de una sanción⁵. No obstante, Atienza (1988) señala que a raíz de los ejemplos que se brindan a lo largo del artículo comentado, el autor argentino no siempre haría referencia al paternalismo jurídico sino que también tendría en mente otros tipos.

La justificación ética

El paternalismo jurídico, para Garzón Valdés, es éticamente justificable cuando se dan los siguientes supuestos:

1. La persona sobre la que recae la medida paternalista no tiene la competencia básica para consentir.
2. Su conducta implica/implicaría un daño para sí mismo.
3. Quien toma la medida paternalista lo hace para evitar un perjuicio al otro y, por lo tanto, desde una posición de superioridad –característica que estaría controvertida–, procura igualar a quien se encuentra en desventaja. Nuevamente, hay que destacar que este no perjuicio implica evitar un daño y no el desarrollo de una virtud o la consecución de un bien.

Estos requisitos conducen a reflexionar sobre algunas consideraciones. La primera de ellas es el consentimiento como tópico, ya que este es fundamental para poder erradicar la ilegitimidad del paternalismo cuando este no es éticamente justificable o bien para brindar la base para dicha justificación en

5 Atienza (1988) señala que el carácter de coactivo del paternalismo jurídico se ve claramente en los casos de las obligaciones y de las prohibiciones, pero no en las permisiones. A ello replica Garzón Valdés (1988b) que no existe ninguna razón para señalar que estos últimos casos puedan ser conflictivos, aunque no brinda mayores argumentos para rebatir la ausencia de la fuerza respaldatoria de la intervención ya que, en estos casos, el sujeto queda habilitado para escoger.

términos éticos. En cuanto al consentimiento, en primer lugar cabe discutir cuáles son los requisitos para considerarlo válido. En segundo término, hay que destacar la relevancia de la discusión sobre el consentimiento en materia de paternalismo, dado que cuando se da uno, el otro desaparece y viceversa, es decir, la coexistencia efectiva de ambos es incompatible. Finalmente, cabe traer a colación qué ocurre, en términos democráticos representativos, cuando se asume que alguien, aunque rechace una medida, podría (si fuera más racional) aceptarla, esto es, un paternalismo que aspira hipotéticamente a no serlo.

El segundo tópico es el fundamento para la intervención paternalista. Si bien para Garzón Valdés la injerencia de terceros sobre la vida de un sujeto debe reducirse al mínimo posible, el fundamento para ello es lo que puede determinar la extensión del contenido para esta injerencia. De allí que existe una necesidad de poder determinar dónde radica la barrera del mínimo necesario, qué es la evitación de un daño y cuándo faltan las competencias básicas.

El consentimiento y las competencias básicas

En primer lugar, para poder pensar en la legitimidad de la intervención de un tercero en las propias conductas que solo lesionarían al sujeto actuante, es necesario reconocer la posibilidad de infringirse un daño a sí mismo de manera voluntaria. Si se admite que esto es posible, entonces las medidas paternalistas pueden tener sentido. En cuanto a en cuáles instancias alguien podría auto-dañarse, Garzón Valdés destaca que el criterio debe ser restrictivo y debe fundarse en la carencia de ciertas competencias básicas. De esta manera, por defecto, se destaca el principio de la libertad individual.

Lo segundo a considerar en materia de legitimidad de la intervención paternalista es que el sujeto no tiene las competencias necesarias para, efectivamente, tomar la decisión de manera adecuada (lo cual, claramente, viciaría la voluntad y convertiría al acto en no derivado de la plena autonomía del individuo). El consentimiento, para ser válido, debe ser otorgado por un sujeto que debe ser plenamente competente para decidir.

Aquí es donde aparece algo relevante para destacar, dado que si el sujeto no tiene las competencias para resolver en pos de su propio bien o de su menor perjuicio, entonces tampoco podría hacerlo en pos de su propio mal. Es decir,

no puede voluntariamente dañarse porque a raíz de su incompetencia básica no comprende cuál es la mejor o peor decisión en términos de auto-lesividad. Dicho de otra manera, si no puede consentir la medida paternalista es porque carece de las competencias básicas para comprender qué es lo menos lesivo y, *contrario sensu*, tampoco lo que es peor. Por lo tanto, esta primera visión del consentimiento erradica la posibilidad de un daño cometido de manera voluntaria por falta de competencias. La voluntad está viciada en ambas direcciones. En cierta forma, lo trágico de este aspecto es que el paternalismo jurídico siempre reduciría al sujeto receptor de la medida a la condición de objeto desprovisto de voluntad.

Hasta aquí se ha mencionado en reiteradas ocasiones la noción de “competencias básicas” pero no se ha expuesto a qué se hace referencia mediante dicho concepto. Garzón Valdés menciona que la idea de consentimiento futuro o hipotético implica que el sujeto sobre el que recae la medida paternalista no está en condiciones de comprender el alcance de ella. En ese marco, competencia es:

La capacidad de una persona para hacer frente razonablemente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta. Como existen distintos ámbitos de desafíos o problemas, puede también decirse que la competencia de una persona es siempre relativa al contexto de que se trata. (Garzón Valdés, 1988, p. 165).

En cuanto al calificativo de “básica”, menciona el autor que se refiere a aquellas disposiciones que hacen a cuestiones de la vida cotidiana como la celebración de contratos simples, la comprensión de las disposiciones del Código Penal, entre otros. Ello, en contraste con otras ocasiones en las que se requiere una competencia más amplia y que el propio sistema lo establece, como es el caso de la representación letrada para actuar en un juicio.

Por otro lado, el autor que ocupa este artículo menciona diferentes situaciones en las que una persona carece de competencias básicas. Entre ellas, en virtud de que señala la necesidad de tener un fundamento objetivo para poder dar lugar a una posible justificación ética de las medidas paternalistas, elige las siguientes:

- a. Cuando el destinatario de la medida ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (por ejemplo, el desconocimiento de los efectos de ciertas drogas).

- b. Cuando la fuerza de voluntad del destinatario de la medida es tan reducida que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (por ejemplo, el caso de un drogadicto o, en el famoso caso literario, cuando Ulises solicita a sus marineros que lo desaten ante el canto de las sirenas).
- c. Cuando las facultades mentales del destinatario están temporal o permanentemente reducidas (por ejemplo, los casos que habilitan la curatela).
- d. Cuando el sujeto receptor de la medida actúa bajo compulsión (por ejemplo, por encontrarse amenazado o bajo el efecto de una hipnosis).
- e. Cuando una persona se encuentra en uno de estos supuestos, entonces es un incompetente básico. Este es un elemento necesario, pero no suficiente, para legitimar en términos éticos el paternalismo jurídico. No obstante, antes de avanzar sobre el restante elemento, se hará referencia brevemente al consentimiento.

Cuándo y cómo consentir

Como se mencionó anteriormente, la carencia de las competencias básicas para resolver la situación jurídica en el contexto específico es lo que determina que no exista un consentimiento válido y que, por ende, la medida que se tome pueda ser paternalista.

También se mencionó que existiría la posibilidad de un consentimiento futuro, esto es, que luego de aplicada la medida paternalista, el sujeto reconozca la bondad de ella y, por lo tanto, la consienta con posterioridad. Como el propio autor señala, esto tiene dos problemas:

- 1. El primero de ellos es qué pasa si, luego de aplicada la medida paternalista, el sujeto receptor no consiente respecto de ella ya que no reconoce su bondad. En ese caso, podría argüirse que aún no se encuentra en condiciones de valorar adecuadamente el bien provocado y que, por lo tanto, el proceso paternalista debe continuar. Este círculo vicioso es extremadamente peligroso ya que tiende a soslayar toda posible autonomía individual y perpetúa los criterios paternalistas.
- 2. El segundo peligro radica en que el mismo proceso paternalista podría producir la capacidad moldeada para consentir la medida. Por lo tanto, el proceso acaba por ser autorreferencial y recae sobre el individuo, no solo como un fin sino también como un medio.

A estas dos, habría que agregar otras cuestiones:

1. La primera es si es posible brindar un consentimiento de manera tardía, en tanto no se encontrarían algunas características propias del consentimiento *per se* (por ejemplo, no existe la posibilidad de revocarlo, la información adecuada es irrelevante, la libertad no tiene rol alguno ya que al sujeto solo le cabe asentir ya que, en caso de no prestar conformidad, no cambiaría el curso de las cosas pasado, entre otros).
2. Lo segundo es la posibilidad de que este tipo de consentimiento se dé de manera tácita o si necesariamente debe darse de forma expresa.

En relación con lo comentado, cabe traer a colación el análisis efectuado por otro jusfilósofo argentino: Carlos S. Nino (1987). Este autor comenta que la imposición a un individuo de un deber, carga o sacrificio beneficioso socialmente está *prima facie* justificada si es consentida por aquel en forma libre y consciente. No obstante, la expresión del consentimiento no necesariamente debe darse a partir de un acto lingüístico performativo (por ejemplo, “Sí, consiento” o suscribir un documento). Asimismo, consentir un acto implica aceptar las consecuencias del acto voluntario y, justamente, el consentimiento tácito se expresa a través de la realización del acto.

Para que este consentimiento tácito realmente sea válido, es necesario que el sujeto que realiza un acto conozca la consecuencia normativa posible. Para que la consecuencia se considere aceptada, no es necesario que acaezca (por ejemplo, si un sujeto pacta una locación y luego no paga el precio, el deber de pagar subsiste aún a pesar de su negativa) sino tan solo que sea previsible para el agente: “Él debe prever esa consecuencia como un efecto necesario de su acto (o estar dispuesto a actuar lo mismo en el caso en que lo previera como necesario) y no necesariamente como un efecto meramente posible” (Nino, 1987, p. 156).

Asimismo, un requisito fundamental que agrega Nino (1987) y que no suele ser subrayado por otros autores, es que para que haya consentimiento libre, la comisión del acto que acarrea la pena no solo debe ser voluntario sino que también debe darse la condición de que la omisión de ese mismo acto no acarree consecuencias que solo puedan justificarse sobre la base del consentimiento del agente. De lo contrario, la conducta del individuo siempre derivaría en el consentimiento de cargas y obligaciones.

Lo anterior se relaciona con la libertad como ámbito esencial en el que se desenvuelve el fenómeno jurídico y las relaciones entre el individuo y el Estado porque, para ser legítima, la imposición de una carga u obligación tiene que ser libremente consentida, como se mencionó antes.

De acuerdo a lo antedicho, podría pensarse fácilmente que es posible brindar un consentimiento tácito. Ahora bien, en este caso, es imposible que pueda ser dado con posterioridad a la aplicación de la medida ya que este solo podría darse a partir de la conducta.

En cuanto al caso del consentimiento expreso, este podría darse luego de aplicada la medida. La pregunta es si realmente actúa como consentimiento o es en realidad una ficción. En tal sentido, pareciera que se dan dos de los requisitos propuestos por Nino (1987) (un sujeto que voluntariamente y con la información adecuada consiente algo) pero el tercero no se da (que exista una alternativa). Esta carencia resaltada en último término ya no tiene que ver con la sanción de la acción y de la omisión, sino que, en realidad, la carencia de una opción verdadera se da en el plano fáctico ya que el sujeto sobre el que ha recaído la medida, aún si no brinda su consentimiento, no puede cambiar el pasado.

Finalmente, cabe destacar una última cuestión sobre el consentimiento futuro. Si este consentimiento fuera tan válido como aquel otorgado con anterioridad a la aplicación de la medida paternalista, entonces, una vez brindado, el efecto paternalista se disolvería. Es decir, la característica de paternalista sería provisoria ya que siempre se encontraría implícita la posibilidad de que el sujeto receptor la consienta una vez que sea competente, si es que llega a serlo.

Por los motivos antedichos, se puede sostener que la denominación de consentimiento futuro no es adecuada y solo cabe la de consentimiento hipotético. Esta última propuesta, si bien pareciera ser más representativa del fenómeno, ya por su propio significado muestra su mayor problema: se fundamenta en un consentimiento que no está pero que se supone que se daría.

En relación con lo antedicho, Isaiah Berlin (1974) ha señalado que la libertad positiva implica la potestad de ser el propio amo, el deseo de que la vida y las decisiones dependan del propio sujeto y no de una fuerza externa. No obstante, en múltiples ocasiones políticas se suelen legitimar medidas invocando que si el sujeto destinatario fuera más racional o ilustrado haría

esa opción, que el yo empírico es distinto del yo racional y que por cuestiones emocionales o pasionales predomina el segundo, entre otros.

Esto me facilita concebirme a mí mismo como forzador de los demás por su propio bien, y no por mi interés. Entonces estaré pretendiendo saber mejor que ellos mismos lo que verdaderamente necesitan. Lo que esto implica, a lo sumo, es que no me resistirían si fuesen racionales y tan sensatos como yo, y entendiesen sus intereses como lo hago yo. Pero luego puedo pasar a pretender mucho más que esto. Puedo declarar que en realidad persiguen lo que en su estado de ofuscamiento resisten conscientemente, porque existe dentro de ellos una entidad oculta –su voluntad racional latente o su propósito «verdadero»– y que esta entidad, aunque negada por todo lo que ellos sienten, hacen y dicen abiertamente es su yo «real», del que puede saber poco o nada el pobre yo empírico del espacio y el tiempo (...). (Berlin, 1974, p. 231)

El fundamento del paternalismo jurídico

Anteriormente, se ha mencionado que la carencia de las competencias básicas es un elemento necesario pero no suficiente para justificar éticamente al paternalismo jurídico. Lo anterior en tanto existe una segunda nota que debe darse: la intervención debe ser en pos de evitar un perjuicio para el sujeto sobre el que recae la medida.

Garzón Valdés señala que el paternalismo éticamente justificable requiere un interés benevolente para superar los inconvenientes que apareja la incompetencia básica y, así, evitar el posible auto-daño por parte del sujeto destinatario. Si este interés benevolente no está presente, entonces se instrumentaliza al incompetente básico. No obstante, como he mencionado antes, el hecho de que el sujeto no pueda decidir adecuadamente implica que no pueda consentir ni rechazar válidamente la medida. Esto provoca que, con mejores o peores intenciones, el sujeto receptor sea un objeto de la medida paternalista. La clave para legitimar la medida, no es la no instrumentalización sino más bien la buena intención del decisor.

Lo anterior presupone una superioridad por parte del sujeto interventor que es competente para tomar una decisión no lesiva para el sujeto receptor y por lo tanto se parte de una relación de desigualdad. Señala al respecto el autor:

Pero el propósito de la medida paternalista justificable es justamente la superación de la desigualdad (...). Precisamente porque el paternalismo justificable apunta a la superación de una desigualdad resultado de una incompetencia básica, podía decir Rousseau (1964, III, 182) que la autoridad paternal «toma más en cuenta la ventaja del que obedece que la utilidad del que ordena». Fotion (1979) parece haber recogido esta idea con su sugerencia de la «implicación completa» aplicada al modelo paternalista, es decir, que quien actúa paternalistamente (sea que se trate de un individuo, de una institución o del Estado) tiene que hacerlo no sólo por ser más sabio o estar mejor informado sino guiado por el interés de la persona a quien se dirige su tratamiento paternalista (1979, 197) (Garzón Vadés, 1988, p. 168).

Si bien para Garzón Valdés no siempre se daría la relación de superioridad, es decir, esta sería una circunstancia contingente en relación con el paternalismo, Atienza (1988) destaca que, muy por el contrario, en todos los casos hay, al menos, una subordinación. Para justificar aquello, analiza los ejemplos brindados en el artículo. El primero, la paridad de posiciones podría darse si el sujeto destinatario consiente la medida con anterioridad (el caso de Odiseo cuando le pide a los marineros que no lo desaten frente al canto de las sirenas) pero, si hay consentimiento, entonces, no hay paternalismo. El segundo caso es el de la pareja de golosos: cuando mutuamente dos personas deciden ayudarse a no injerir dulces en pos de perder peso, es decir, hacen una dieta conjunta. Allí el jusfilósofo español destaca que no existe una paridad sino dos relaciones de supra y subordinación recíprocas.

En otro orden de ideas, resulta interesante que una de las citas introducidas por Garzón Valdés sea de Rawls y que lo haga para señalar que las personas en la posición original siempre intentarán asegurarse en contra de los perjuicios que podría provocar algún tipo de defecto propio. La relevancia de la apelación a este autor resulta precisamente de la indagación por la relación de la desigualdad y la benevolencia que inspira la medida paternalista, por un lado, con el fundamento de dicha intervención paternalista. Esto es, ¿por qué alguien tiene la potestad de decidir por otro lo que es mejor para él?

El componente fáctico (la existencia de una incompetencia básica) y el normativo (la benevolencia en pos de superar la desigualdad) son requisitos para que se dé la justificación en términos éticos. Pareciera que también cumplen el rol de ser el fundamento de la intervención, pero no logran explicar por qué 1) alguien debe procurar la superación de la desigualdad y 2) bajo qué parámetros evaluar qué es un daño y qué no lo es. Como el mismo autor

señala: “el concepto de «daño»” es un concepto con carga moral que presupone la determinación previa de lo que debe ser considerado como valioso y digno de protección. Todo sistema jurídico es en este sentido expresión de la moral positiva o «mores» de quienes adoptan frente a él lo que Hart ha llamada «punto de vista interno»” (Garzón Valdés, 1988:, p. 171).

Entonces, ¿por qué existe el deber para algunas personas de cuidar de otras y por qué algunos sujetos deben soportar que otros tomen decisiones por ellos mismos? Este interrogante permanece abierto, aunque podría atisbarse, a partir de la remisión a Rawls, que el fundamento apunta a cierto “contrato social” cuyo presupuesto es cierta concepción antropológica de los sujetos que participan en él (autointeresados, racionales, que desconocen cómo serán en la sociedad futura y movidos por la aversión al riesgo). Dado que cualquiera puede caer en una posición desventajada por sus propias circunstancias personales, todos estarán dispuestos a conceder mejores tratos a quienes luego, efectivamente, ocupen dichas posiciones. A partir de allí, Rawls deriva los dos principios de justicia: el de libertad y el de igualdad (que incluye el subprincipio de la diferencia). Precisamente, el subprincipio de la diferencia ha sido el que ha provocado los mayores embates, entre ellos, el del neoconservadurismo (con Nozick a la cabeza)⁶.

Si se piensa en la responsabilidad de los más aventajados por sobre los menos aventajados (incompetentes básicos) para decidir por ellos la conducta menos lesiva, podría recurrirse a la teoría de la reciprocidad de las obligaciones morales. Al respecto, Hart ha señalado que los derechos especiales encuentran su origen en distintas fuentes, como por ejemplo las promesas, el consentimiento otorgado a otro para que interfiera en la propia vida o una relación natural especial (por ejemplo entre padres e hijos). Además de estos casos, Hart menciona otro, que es el que interesa en este trabajo. Este es el de la mutualidad de las restricciones. ¿En qué consiste? En palabras del filósofo del derecho:

(...) Cuando un grupo de personas dirigen una empresa conjunta según un determinado reglamento, y restringen por tanto su propia libertad, los que se han sometido a tales restricciones cuando así se les exigió tienen derecho a un sometimiento similar de parte de quienes se han beneficiado con su sumisión. (Hart, 1990, pp. 54-55)

⁶ Las críticas de Nozick al principio de la diferencia rawlsiano son múltiples por lo que aquí no se desarrollan. Para ampliar, se recomienda consultar la obra de este autor (Nozick, 1988).

En síntesis, para el profesor de Oxford, en un esquema social de cooperación (es decir, el mismo punto de partida que tiene Rawls), las personas tienen el deber moral de realizar una acción determinada cuando han sido beneficiadas por los esfuerzos relacionados con el mantenimiento de dicho esquema. Sobre esta postura hartiana, Nozick también realiza un conjunto de críticas, entre las cuales se destaca la no existencia de un consentimiento.

Este principio sostiene que cuando un número de personas se lanza en una aventura justa, mutuamente ventajosa y solidaria, de conformidad con ciertas reglas y, de esta manera, restringen su libertad en formas necesarias para producir ventajas para todos, aquellos que se han sometido a tales restricciones tienen el derecho a una aceptación similar de parte de aquellos que se han beneficiado de su sometimiento. De conformidad con este principio, la aceptación de beneficios (aun cuando esto no es otorgar consentimiento expreso o tácito para cooperar) es suficiente para obligarse. (Nozick, 1988, pp. 95-96)

Como puede notarse aquí, Garzón Valdés llega al mismo punto de partida: es necesario repensar el Estado social de derecho y la legitimidad ética del paternalismo jurídico ante los embates del neoconservadurismo, pero no brinda argumentos para salir de este círculo vicioso. Si bien puede vislumbrarse que considera la existencia de un deber moral de asistir a quienes se encuentran en una situación contextual de incompetencia básica, no se explicita que este sea el fundamento que dé preferencia al Estado social de derecho por sobre un esquema libertario o, al menos, plenamente liberal. Más bien, esta circunstancia opera como un punto de partida que dista de ser reprochable o criticable. Por el contrario, más bien, constituye una invitación a profundizar en su obra y a retomar y continuar su obra.

Conclusiones

La usual problemática sobre el paternalismo se centra en la crítica de la perspectiva liberal que se opone a toda intervención frente a la autonomía del individuo, pero no resuelve la cuestión acerca de que no siempre los sujetos se encuentran en condiciones óptimas (ya sean cognoscitivas o de disposición de tiempo, de información, de humor, entre otras) para elegir en su beneficio. El paternalismo, por su parte, permite delegar la decisión en otros sujetos

competentes, aunque reduce de manera extrema el protagonismo del sujeto afectado por la decisión.

No obstante, esto no resuelve algunos inconvenientes, como por ejemplo que este planteo parte de un objetivismo moral, es decir, de que exista al menos un grupo de personas que puedan conocer lo “bueno” o lo menos lesivo para los individuos que carecen de las competencias básicas. Tampoco brinda pautas para determinar cuándo un sujeto está en mejores condiciones para detectar lo conveniente para otra persona que la propia afectada (es decir, se sabe cuándo alguien es un incompetente básico, pero no existen parámetros objetivos para delegar la potestad decisoria en la persona más competente).

Finalmente, se asume que los decisores manipularán la decisión en beneficio/evitación de un perjuicio de los individuos, pero no existirían mecanismos de control de que ello efectivamente sea así. Esta ética presupuesta en el comportamiento de los sujetos decisores puede ser contrariada, a modo de ejemplo, por una fuerte inclinación hacia el paternalismo más que hacia la autonomía de los sujetos o, simplemente, por sujetos egoístas que aprovechen la situación en su propio beneficio y no en la del destinatario de la decisión⁷ (en ese caso, al menos, en relación con el interrogante que abre el artículo de Garzón Valdés, se puede afirmar que no existe una justificación ética para el paternalismo jurídico).

Gran parte de estos escollos son sorteados por Garzón Valdés, quien sostiene un criterio objetivo y mínimo para determinar en qué casos fácticos es justificable en términos éticos una medida paternalista (en los casos en los que existe una incompetencia básica, entendida esta como una de aquellas que se contemplan en los casos mencionados antes, y cuando el agente interventor lo hace para evitar un perjuicio para el destinatario y para mitigar una desigualdad).

Sin embargo, lo dicho presenta dos ejes para la reflexión: el primero de ellos es el de la legitimación ética del Estado social de derecho, materia a la cual se ha abocado Garzón Valdés y en donde se ha sentado claramente las bases para ello; el segundo, es el desafío para los académicos y consiste en presentar los argumentos por los cuales el Estado social de derecho sería la forma política éticamente preferente por sobre otra. Precisamente, esta tarea es ardua y quizás nunca logre consensos unánimes; empero, la riqueza de ella

⁷ Por ejemplo, Buchanan (1982) plantea que los políticos no son ángeles sino que muchas veces se mueven por incentivos que los alejan del bien común.

reside en el diálogo y el debate. A partir de allí es que la obra de Garzón Valdés constituye una invitación para la producción académica en este sentido.

Referencias bibliográficas

- Alemany, M. (2005). El concepto y la justificación del paternalismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, pp. 266-303.
- Alemany, M. (2007). Breve nota sobre la idea de «paternalismo» en la obra de Ernesto Garzón Valdés. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, pp. 35-38.
- Atienza, M. (1988). Discutamos sobre paternalismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 203-214.
- Berlin, I. (1974). Dos conceptos de la libertad. En A. Quinton (Ed.). *Filosofía política* (pp. 216-233). México: FCE.
- Buchanan, James M. (1982). Democracia limitada o ilimitada. *Estudios Públicos*, 6, pp. 37-51.
- Camps, V. (1988a). Paternalismo y bien común. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 195-202.
- Camps, V. (1988b). Sigamos discutiendo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 223-225.
- De Lucas, J. (1988). Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la Antigüedad Clásica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 243-249.
- Diertelen, P. (1988a). Paternalismo y Estado de Bienestar. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 175-194.
- Diertelen, P. (1988b). Respuesta a M. Atienza. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 221-222.
- Garzón Valdés, E. (1988a). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 155-173.
- Garzón Valdés, E. (1988b) Sigamos discutiendo sobre el paternalismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 215-219.
- Garzón Valdés, E. (1993). Intervencionismo y paternalismo. Derecho, ética y política. Madrid: CEC.
- Hart, HLA (1961). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Hart, HLA (1990) ¿Existen los derechos naturales? *Estudios Públicos*, 37, pp. 45-61.
- Nino, C.S. (1987). *Ética y Derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Resta, E. (1988). Metáfora del contrato. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, pp. 227-242.

Las transferencias monetarias condicionadas como receta latinoamericana de inclusión social y cumplimiento de los derechos humanos: problemáticas y desafíos

Cash transfers conditioned as latin american recipe of social inclusion and human rights: issues and challenges
Les transferts monétaires conditionnés en tant que recette latino-américaine pour l'inclusion sociale et le respect des droits de l'homme: problèmes et défis
As transferências monetárias condicionadas como receita latinoamericana de inclusão social e cumprimento dos direitos humanos: problemáticas e desafios

Luciano Rezzoagli*
[Falta- orcid.org/](http://Falta-orcid.org/)

* Institución(es) de adscripción: Consejo Nacional De Investigaciones Científicas Y Tecnológicas (Conicet) – Universidad Nacional Del Litoral (Unl), Santa Fe, Argentina. Lehmann 144, Ciudad Esperanza, Provincia De Santa Fe, Argentina, CP 3080. Teléfono(S); 005493425541266. Correo electrónico del autor de correspondencia: lrezzoagli@fcjs.unl.edu.ar ; lrezzoagli@hotmail.com

Cómo citar este artículo:

García, J. (2017). From Ancient Mercenaries to Corporate Warriors: An Historical Approach. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47 (126), pp. 39-53.

Recibido: 4 de noviembre de 2016.

Aprobado: 23 de mayo de 2017.

Resumen

Los vínculos críticos entre pobreza, desigualdad económica, déficit de trabajo digno y exclusión social han sido reconocidos como los obstáculos sustanciales para el cumplimiento del desarrollo en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social en 1995. En este marco, se propone un estudio cualitativo a los programas de transferencias monetarias condicionadas (TMC) como instrumentos generados y articulados para revertir la pobreza y la exclusión social, externalizando sus problemáticas y desafíos, fundamentalmente referidos a la articulación, conveniencia, legitimidad y funcionalidad, a través de un pormenorizado análisis de oportunidad, instrumentalización y control para visualizar sus efectos.

Palabras clave

Desarrollo, América Latina, Transferencias monetarias condicionadas, pobreza.

Abstract

The critical linkages between poverty, economic inequality, the deficit of decent work and social exclusion have been recognized as the substantial obstacles to implementation of development at the World Summit for Social Development in 1995. In this context , a study is proposed qualitative to the conditional cash transfer (CCT) as generated instruments and articulated to reverse poverty and social exclusion, externalizing their problems and challenges , mainly related to the joint, convenience, legitimacy and functionality through a detailed analysis of opportunity , instrumentation and control to display its effects.

Keywords

Development, Latin America, conditional cash transfers, poverty.

Résumé

Les liens critiques entre la pauvreté, l'inégalité économique, les déficits de travail décent et l'exclusion sociale ont été reconnus comme les obstacles majeurs à la réalisation du développement lors du Sommet mondial pour le développement social en 1995. Dans ce cadre, une étude qualitative a été proposée par rapport aux programmes de transferts monétaires conditionnels (TMC) considérés comme instruments fait pour renverser la pauvreté et l'exclusion sociale, externalisant leurs problèmes et défis, essentiellement en rapport avec la formulation, la commodité, la légitimité et la fonctionnalité. à travers une analyse détaillée de l'opportunité, de l'instrumentalisation et du contrôle pour visualiser ses effets.

Mots Clés

Développement, Amérique Latine, transferts monétaires, conditionnement, pauvreté.

Resumo

Os vínculos críticos entre pobreza, desigualdade econômica, déficit de trabalho digno e exclusão social têm sido reconhecidos como os obstáculos substanciais para o cumprimento do desenvolvimento na Cimeira Mundial sobre Desenvolvimento Social em 1995. Neste marco, se propõe um estudo qualitativo aos programas de transferências monetárias condicionadas (TMC) como instrumentos gerados e articulados para reverter a pobreza e a exclusão social, Exteriorizando suas problemáticas e desafios, fundamentalmente referidos à articulação, conveniência, legitimidade e funcionalidade, através de uma pormenorizada análise de oportunidade, instrumentalização e controle para visualizar seus efeitos.

La estructura tributaria y la conveniencia de las TMC en América Latina y el Caribe

La estructura tributaria en los países de la región no presenta características de progresividad, sino todo lo contrario, se presenta marcadamente regresiva (Cepal, 2016: 7-9), y es dable destacar que no ha habido ningún intento (intención política real) de modificar esta situación estructural históricamente. No desconocemos que la noción de progresividad y la de confiscatoriedad presentan problemas prácticos severos a la hora de fijar sus límites, más aún si en las últimas décadas en el continente ha persistido un palpable abandono en fortalecer y perfeccionar los impuestos directos y un constante aumento de la tributación al consumo.

El robustecimiento de los impuestos sobre bienes y servicios, que son esencialmente regresivos y que son una constante de las últimas décadas en los países de la región, amplían la brecha y generan más desigualdad. Siguiendo la investigación presentada por De Cesare (2012) en Lincoln Institute, que analiza, entre otras cuestiones, la distribución de la carga tributaria entre regiones y grupo de países, permite visualizar diferencias que son particularmente importantes entre dichas regiones o grupos, atendiendo fundamentalmente a la premisa de que en los países que poseen bajos a medios porcentajes de concentración de riqueza (medidos por áreas geográficas y habitantes) se puede justificar una mayor presión al consumo o al ingreso, sin embargo y a contrario sensu, en los países o regiones que presentan de medio a alto porcentaje de desigualdad de oportunidades y concentración de la riqueza (como es el caso de América Latina) el foco principal de la tributación debe darse en los impuestos directos y fundamentalmente aquellos que graven la obtención y acumulación de riqueza, fundamentalmente ociosa o improductiva, debido a que una presión tributaria excesiva en los ingresos o en el consumo produciría mayores brechas sociales.

Establecido lo anterior como premisa básica en la conformación de estructuras tributarias, y siguiendo los resultados del informe presentado por De Cesare (2012) en Lincoln Institute, podemos observar resultados comparativos que, sinceramente no sorprenden pero sí llaman a una reflexión profunda y a una toma de conciencia respecto a la importancia de una adecuada recaudación fiscal y el ejercicio de una presión efectiva para combatir la reproducción sistémica de la pobreza; así, los impuestos al consumo “representan más del 50 % de la carga tributaria en América Latina en promedio, mientras que dichos

impuestos representan el 31.7 % en los países miembros de la OCDE” (p.7). Estos datos, traducidos en palabras simples, significa que el consumidor final en nuestra región tiene mucha más presión fiscal en sus compras, además de que evidentemente encarece significativamente el valor de los productos finales, con todos los efectos directos e indirectos externalizables por dicha situación en los planos económico y social.

El sistema tributario, en los países latinoamericanos, como instrumento para fomentar el desarrollo de una clase media estructural y un adecuado funcionamiento recursivo del Estado en función de las capacidades económicas, es en general nulo, pero no sólo eso, sino que además favorece cada vez más la separación de clases, y constituye un verdadero motor desigualador, pues la presión tributaria ejercida a los sectores productivos y a aquellos con menor capacidad económica es más intensa, cuando un efectivo y correcto diagrama fiscal debería propender absolutamente a lo contrario. Haciendo nuestras las palabras de Num (2011), pues no existe otra manera de decirlo con mayor contundencia y simpleza: los impuestos generan desigualdad.

Tomando como ejemplo representativo de la situación de los países de la región, podemos mencionar que en Colombia, un informe de la OCDE (2015: 4) es contundente al afirmar que para disminuir la pobreza y propender al crecimiento inclusivo, el reto futuro de ese país consiste en satisfacer unas necesidades de gasto sociales y subsidios crecientes absolutamente insuficientes para la cobertura requerida, y donde el ámbito detractivo debería hacer más por promover la eficiencia y la equidad, fundamentalmente aliviar a las empresas del sector formal que se enfrentan a una carga tributaria elevada y compleja, y donde solo una pequeña parte de la población paga impuestos sobre la renta o el patrimonio; otro claro ejemplo del sostenimiento del sistema tributario basado en la presión recaudatoria en el consumo y los ingresos .

Siguiendo las estimaciones realizadas por González y Corredor (2016), en Colombia el Coeficiente de Gini prácticamente no cambia antes y después de la intervención del Estado en materia tributaria y financiera, es decir, no tienen eficacia las políticas distributivas que mejoren el ingreso disponible de los pobres. En otros términos más comprensibles, los subsidios y ayudas económicas que el Estado otorga a los sectores poblacionales más pobres se los vuelven a quitar vía impuestos indirectos.

Así, en palabras de dichos autores:

“Por ejemplo, si un hogar pobre recibe subsidios a través de un programa como Nuevas Familias en Acción es factible que al pagar impuestos como el IVA revierte al Estado una cantidad igual o mayor que el monto de sus subsidios. Si la visión estructural corresponde al balance entre impuestos y subsidios, el ingreso disponible sería la mejor expresión de esta relación. El resultado estructural se refleja en el ingreso disponible. Las evaluaciones usuales de la política fiscal no miran el conjunto de la relación. Los estudios sobre Familias en Acción analizan la evolución de los subsidios pero no consideran los impuestos” (González y Corredor, 2016:141).

La necesidad que tienen los países del continente en la implementación de políticas públicas inclusivas, respecto a que los Gobiernos deben atender a los costos no asumidos por el capital privado, en un ámbito humano determinado por los altos índices de pobreza y desempleo, marginalidad e inseguridad ciudadana, da lugar, generalmente de forma ineficaz y contradictoria, a la expansión de la presión tributaria como medida desesperada para intentar paliar la escasez de recursos suficientes (creación o aumento de impuestos, reformas tributarias generalmente con efectos regresivos enmascarados y con el peso de la carga en el consumo o en el sector asalariado o cautivo en general) que, más que generar soluciones mercantilizadas provocan mayores problemas y brechas, y que, de todas maneras, lo recaudado no logrará alcanzar la dimensión adquirida por la necesidad creciente de gastos, produciéndose, entonces, un vacío estructural manifestado como déficit y crisis fiscal (basta con visualizar y analizar la preocupación actual de los gobiernos subnacionales de los distintos países de la región por procurar una reforma fiscal que les permita afrontar de mejor manera dichos gastos).

El Informe sobre Desarrollo Humano para América Latina y El Caribe, presentado en 2016 por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), es contundente al identificar a América Latina, al igual que en informes anteriores, como el continente más desigual del mundo, por lo que existe una necesidad prioritaria de profundizar en el diagrama, instrumentalización y consolidación de políticas redistributivas. Paradójicamente la CEPAL establece que América Latina ha experimentado los mayores avances para combatir la pobreza en los últimos 10 años (CEPAL, 2015), y esto no se debe a su reformas fiscales sino a la instrumentalización cada vez más decidida y convincente de las transferencias monetarias condicionadas y subsidios. La crisis económica de 2008-2009 se convirtió en un momento de inflexión

para la región, ya que muchos gobiernos latinoamericanos no optaron por la austeridad y el ajuste para combatir la crisis, sino por una mayor presencia del Estado y el mantenimiento de la inversión social para minimizar las consecuencias económicas y sociales propias de una recesión económica generalizada. En este panorama, los programas de corresponsabilidad (transferencias intergubernamentales con rendición de cuentas con finalidad social instrumentalizadas por los entes subnacionales o directamente dirigidas a ciertos ciudadanos como beneficiarios) fueron una de las innovaciones más trascendentales en todo el continente.

Esta forma de protección social ha intentado, desde su implementación, coordinar el eje de contención y disminución de la pobreza con el combate a la desigualdad y promoción de la cohesión social, ampliando los alcances de la seguridad social tradicional (Cogliandro, 2010). Brasil y México fueron los primeros países de la región que la articularon, a mediados de la década de los 90s, y hasta la fecha se ha alcanzado una amplia cobertura en toda América Latina, ya que los programas de transferencias monetarias condicionadas (TMC) se encuentran actualmente vigentes en 20 países, y proyectan sus beneficios sobre más de 130 millones de personas, con una afectación del 0,4% del PIB regional (CEPAL, 2015).

Ahora bien, dejando como base la conclusión posicional inicial (no desarrollada en este trabajo: vid Rezzoagli y Gamberg, 2015) de que los Programas de TMC y los subsidios se financian desde un sistema tributario que recauda siguiendo una lógica desigualadora, que desincentiva el capital productivo y genera brechas sociales cada vez más profunda en la sociedad por lo que requiere de una reingeniería reformista urgente (lo cual es materia de otra investigación), el destino de esa recaudación a través de gasto social es otro tema que también requiere de un análisis reflexivo profundo con base en determinar su efectividad a través de elementos como la conveniencia, adecuada instrumentalización, evaluación de los resultados y control, como un esquema indispensable para lograr paliar desde el ámbito financiero los perversos efectos que genera el sistema impositivo.

Uno de los elementos clave para un correcto funcionamiento de estos programas es la coordinación y adecuada articulación del Estado, rol que se manifiesta desde la provisión de bienes públicos y la promoción del bienestar, hasta la necesidad de impulsar una reforma tributaria que acompañe los objetivos sociales en todo el territorio del país atendiendo las diferencias y necesidades regionales (CEPAL, 2015). Una de las discusiones clave gira en

torno a cómo se adoptan las decisiones y desde qué instancia de gobierno se visualizan y externalizan esas necesidades y políticas diferenciadas, órbita central o subnacional, ya que esto trae aparejado un sin número de problemáticas y desafíos, así como una rediscusión en torno a la forma de pensar o repensar las políticas públicas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos da cuenta de una preocupación temprana en torno a diversos componentes de la protección social que son recogidos y formalizados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). A su vez, el Protocolo de San Salvador de 1988 establece que los Estados miembros de la OEA deben resguardar, a través de medidas progresivas, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en sus legislaciones nacionales, para garantizar el bienestar general. Dicho Protocolo establece obligaciones para los Estados en términos de derechos económicos vinculados al mundo del trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho al disfrute del nivel más alto de bienestar mental, social y físico (a través del reconocimiento de la salud, el derecho a la nutrición adecuada y el derecho a la educación) y *el deber de los Estados por resguardar el mejoramiento de las condiciones materiales de vida de las familias*, en este aspecto, es donde los TMC encuentran su posibilidad de articulación y legitimidad como instrumentos que coadyuvan al cumplimiento material de los Derechos Humanos.

Varios países cuentan con un reconocimiento constitucional de los derechos sociales, siendo ejemplares los casos de Brasil, Colombia, y Argentina, entre otros, sin embargo, pocos incorporan garantías explícitas de derechos en sus políticas y programas de protección social. Asimismo, siguen existiendo grandes brechas en acceso y cobertura para distintos grupos de la población (Cecchini y Vargas, 2015). Los programas de TMC forman parte de las políticas públicas, y a su vez, de las políticas sociales que puede llevar adelante un Estado para enfrentar los desafíos mencionados (Cecchini y Martínez, 2011), es por esto que no pueden ser analizados al margen del contexto sociopolítico y económico que influye en su diseño e implementación, ya que resulta lógico que no sea lo mismo implementar las TMC en regiones altamente desiguales que en regiones que tengan homogeneidad respecto al aprovechamiento horizontal de oportunidades (acceso a la salud, educación, servicios públicos) o midan un bajo o medio coeficiente de Gini en relación a la pobreza, y/o cuenten con una adecuada, o por lo menos no focalizada, en una porción territorial pequeña, distribución del producto bruto geográfico y el empleo formal en todo el territorio del país en cuestión. En estos últimos supuestos, necesariamente las políticas redistributivas y solidarias dentro de las que se

enmarcan las TMC pierden importancia frente a la necesidad de articular mayores y mejores incentivos de competencia y corresponsabilidad fiscal.

Uno de los principales desafíos de América Latina y el Caribe, donde prima la gran concentración de oportunidades de desarrollo para poca población y en reducida porción territorial, lo constituye, entre otros tantos supuestos, el desafío del hambre, el problema de la seguridad alimentaria desde la complejidad que supone efectivizar la alimentación como un derecho humano, en un contexto en el que la agricultura y los recursos naturales son objeto de mercantilización, cambios de hábitos de consumo a nivel mundial, deterioro del medio ambiente y cambio climático, que suponen condicionantes cada vez más significativos, y donde las políticas internacionales siguen apostando por la agricultura industrial y el comercio especulativo dentro de un marco regulatorio laxo, que deja sin protección a pequeños productores y sin acceso a los alimentos a los más vulnerables (Manos Unidas, 2013). La desigualdad, por consiguiente, no se expresa únicamente en la brecha adquisitiva de los ingresos de las personas, sino que también se deriva de la discriminación de clase, de raza, de género, de origen o residencia geográfica, etc., que la hacen incompatible con nuestros ideales democráticos.

La promoción efectiva de la inclusión social y el aprovechamiento de oportunidades requiere la comprensión inicial de los factores que actúan en contra de ella. Fundamentalmente podemos mencionar dos muy importantes como lo son la exclusión y la pobreza. La exclusión social describe un estado en el cual los individuos son incapaces de participar plenamente en la vida económica, social, política y cultural, así como define el proceso que conduce a tal estado. La participación y el aprovechamiento de las oportunidades de desarrollo pueden ser obstaculizadas cuando las personas carecen de acceso real y efectivo a los recursos materiales, incluidos los ingresos monetarios, el empleo, la tierra, la vivienda o servicios esenciales como la educación y el cuidado de la salud. También se ve frustrada cuando las personas no tienen voz, no pueden ejercer sus derechos, y no cuentan con el mismo respeto por su dignidad.

Por lo tanto, la pobreza es una dimensión importante y quizás la más significativa de la exclusión, aunque no la única (también puede darse por una discapacidad o por la orientación sexual de una persona, por ejemplo, sin que necesariamente vivan en la pobreza). Cuando se trata de ayudar a las personas pobres, hay que tener en cuenta que esta no tiene que ver solo con un déficit de recursos materiales sino que también está relacionada con el contexto de la toma de decisiones, es decir, tiene una carga cognitiva subyacente (Banco Mundial, 2015).

Las personas que tienen que centrarse fundamentalmente en asegurarse el acceso a necesidades básicas como la comida o el agua potable no tienen las mismas capacidades ni las mismas energías para embarcarse en una deliberación cuidadosa sobre sus posibilidades de crecimiento, a diferencia de aquellas personas que tienen las necesidades básicas cubiertas. En este mismo sentido, en los primeros años de la vida de un ser humano es particularmente grave (lo es en todas las etapas) la desnutrición (denominada por ese período de existencia del individuo: desnutrición infantil), ésta siempre fermenta en ámbitos donde la autoestima de sus protagonistas es frágil, y donde la falta de higiene consolidan la miseria humana, ya que el desnutrido surge en aquellos sitios donde NO HAY agua potable, agua caliente, cloacas y baños, en definitiva, cuando se carecen de estos elementos que constituyen DERECHOS HUMANOS INALIENABLES.

“Pues bien, en este entorno de miseria donde destacan la ausencia de fiestas familiares, de música, de colores, de alegría u otras realidades festivas, el desánimo y la tristeza se abren paso por medio de la falta de respeto al propio cuerpo y su apariencia (falta de higiene y belleza), y también por la ausencia de estima al propio hogar... En fin, los padres de los desnutridos no pueden dar alegría a sus hijos si ellos no la tienen (nadie da lo que no tiene); de modo que, si los queremos ayudar, debemos dispensarles agua caliente, higiene, cariño, comprensión, amor y educación. Y con el pasar del tiempo nosotros recogeremos de ellos esas mismas virtudes; y de a poco se irá extinguiendo ese otro gran mal que genera la desnutrición infantil: la inseguridad ciudadana (quien no respeta su cuerpo no puede respetar el de los demás) y con el tiempo cosecharemos lo mismo que sembramos” (Albino, 2010: 34 y 35).

Debido a la gran importancia que surge de lo expuesto hasta aquí, es que no existe duda alguna: la igualdad de oportunidades es uno de los mayores desafíos que han de ser emprendidos con políticas públicas concretas y focalizadas para paliar la realidad actual y angustiante que tiene toda América Latina, una novedad importante en el discurso del Fondo Monetario Internacional (2014) lo constituye justamente la desigualdad, que ha dejado de ser solamente un tema de justicia social para convertirse también en un obstáculo del crecimiento. Parece así cerrarse una brecha histórica en el pensamiento económico oficial tradicional, que habitualmente separaba los grandes temas del crecimiento económico de los temas “sociales” de la desigualdad y la pobreza.

En este sentido, siempre que la sociedad y el Estado tengan como objetivos la libertad, la democracia, la justicia social y el progreso económico, será la igualdad un pilar elemental e imprescindible (Oszlak, 2007). Es conveniente también destacar que ya el mismo concepto de nación debe entenderse como arco de solidaridades que exceden los diversos y contrapuestos intereses de la sociedad civil.

Según un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo, realizado por Stampini y Tornarolli (2012), en los últimos 15 años los programas de TMC han revolucionado la asistencia social brindada a los pobres en todo el mundo. Se han extendido desde América Latina y el Caribe hasta Asia y África, e incluso algunos países industrializados las han adoptado. Primero se introdujeron en Brasil y México a mediados de los 90 y para 2011 ya se habían implementado en 18 países de la región, llegando a 135 millones de beneficiarios. La aceptación de estos programas estuvo sustentada por evaluaciones de impacto positivas que probaron su efectividad y una década de crecimiento económico sostenido que amplió la capacidad fiscal y favoreció la asistencia social. Estos programas representan más del 25% de los ingresos de los beneficiarios pobres y estimamos que la incidencia de la pobreza sería, en promedio, 15% mayor si estos programas no se hubiesen implementado, tal como se refleja de los distintos estudios e informes que los organismos internacionales han presentado en los últimos años. Los programas de mayor envergadura (Brasil, Colombia, Argentina y México) han alcanzado tasas de cobertura mínimas de alrededor del 45% de las poblaciones pobres.

Ahora bien, amén de la implementación de diversos Programas de TMC y la consecuente, aunque discutida por su escaso nivel de evaluación y control en muchos países, reducción de los índices de pobreza e indigencia y aumento efectivo de posibilidades de desarrollo e inserción laboral de sectores poblacionales vulnerables, Argentina continúa conservando altos niveles de desigualdad, al igual que muchos países del continente americano (Lustig, 2017).

Desde una vertiente de análisis financista, esta situación se debe –en gran medida– a la consolidación de un sistema detractivo altamente regresivo, caracterizado por la imposición de tributos indirectos que gravan actividades productivas, intermedias y productos finales de consumo sin tener en cuenta la capacidad contributiva efectiva de los destinatarios reales o incidentales del tributo. En Argentina, mediciones de tendencias de consumo demuestran que en el período 2016 -2017, se derrumbó el consumo de alimentos básicos para la subsistencia, respecto a su demanda y capacidad de adquisición por

los estratos sociales bajos y medios, al tiempo que las compras de artículos de lujo crecieron considerablemente (Centro de Estudios para el Desarrollo Económico Benjamin Openhayn, 2017).

De esta manera, según las mediciones citadas, puede visualizarse claramente como el consumo en los bienes de la canasta básica el retroceso ha sido muy considerable; lo contrario ha sucedido con los bienes suntuosos, cuya adquisición refleja grandes capacidades económicas, como puede verse por ejemplo, en la venta de motos y autos de alta gama que han crecido muy considerablemente en el último año calendario(Centro de Estudios para el Desarrollo Económico Benjamin Openhayn, 2017:3), lo cual es un indicador importante de la consolidación de estratos sociales altamente diferenciados y desiguales.

A pesar de estos datos mencionados que indican la restricción del consumo de sectores poblaciones bajos y medios en productos indispensables para la alimentación y el desarrollo familiar, los datos oficiales del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Argentina (INDEC, 2017) establecen que en la República Argentina la pobreza descendió del 30 % al 28,6% en el primer semestre de 2017 en el país (promedio nacional general), lo cual en principio resultaría contradictorio con las anteriores mediciones, sin embargo, en el Noreste y Noroeste argentino, la pobreza aumentó durante este mismo período, lo cual cualifica, sólo con estos datos, una disminución del promedio nacional que se sustenta en determinadas regiones y no de forma homogénea en todo el territorio nacional. Asimismo, si se examinan detenidamente los datos suministrados en el informe analizado, la Indigencia, en cambio, volviendo a parámetros nacionales, creció de 4,2% a 6,1%, con elevados porcentajes en el conurbano bonaerense (INDEC, 2017), por lo que la disminución de la pobreza en promedio nacional, más que ser acompañada de un aumento de la clase media estructural, se debió en parte al aumento de los índices de indigencia, pues en similares porcentajes la disminución de una fue, en el mismo período temporal según los datos oficiales citados, fue acompañada por el aumento de la otra variable mencionada.

Si esto se contrasta con la información brindada en Octubre de 2017 por el propio INDEC, respecto a que el Producto Bruto Interno (PBI) aumentó 2,7% en el segundo trimestre del año, en el país, comparado con igual período del 2016, y se confirma así, según las informaciones gubernamentales (INDEC, 2017), la recuperación de la economía argentina, parecerían estimaciones contradictorias con la realidad social, sin embargo dicha mejora del PBI, producto de la reactivación de varios sectores claves de la economía, tales

como la construcción y la industria automotriz, entre otras, no necesariamente implican un acceso equitativo y proporcional de toda la población al aumento de riqueza nacional, sino que, y en función de las mediciones de consumo previamente referidas y a la disminución de la pobreza pero con aumento de la indigencia en el país, llama a pensar que *el crecimiento económico no necesariamente implica equitativa distribución de recursos y bienestar poblacional, sino que puede ser acaparado por grupos o sectores concretos de la sociedad y en regiones muy puntuales de Argentina.*

En este último punto consideramos que el sistema detractivo es parte importante de la problemática histórica y actual, y su replanteamiento integral constituye un desafío ineludible para el Estado. Una de las principales falencias que consolidan estas situaciones que sufren innumerables familias es la falta de articulación de reformas fiscales que tiendan al desarrollo y consolidación de una clase media estructural mediante un sistema impositivo progresivo, inclusivo y responsable.

Las TMC y su instrumentalización: La condicionalidad como carácter específico

Todo programa de TMC generalmente está asociado a ciertas condiciones que deben cumplir los beneficiarios o destinatarios para acceder a dicha transferencia dineraria. Estas condiciones se consideran corresponsabilidades, un término que implica un papel mayor de los beneficiarios en la promoción de su propio bienestar. La idea de corresponsabilidad o autoayuda ha sido importante en los discursos sobre el desarrollo desde los años 90s.

La idea de la corresponsabilidad implica la noción de reciprocidad, es decir, la noción de que las obligaciones se aplican no sólo a los receptores, destinatarios o beneficiarios, sino también a los proveedores de servicios. Ejemplificamos este párrafo con un programa denominado **Red Solidaria** que se realiza en El Salvador, las corresponsabilidades se detallan en un convenio que debe ser firmado por el titular de la familia y el corresponsable si, una vez seleccionada, la familia está de acuerdo en tomar parte en el programa.

Así, el gobierno de El Salvador debe a través del Ministerio de Educación proveer educación básica hasta el 6º grado a los niños/as beneficiarios entre

los 6 y 14 años de edad; a través del Ministerio de Sanidad proveer servicios básicos de salud en unidades sanitarias u otras instituciones subcontratadas para tal fin; promover capacitaciones de por vida para las familias beneficiarias; y entrega de transferencias monetarias, condicionadas a la inscripción y asistencia escolar regular de los niños/as beneficiarios (ayuda escolar) y a controles de salud infantil y maternos periódicos y de inmunización a menores de 5 años. Las familias por su parte deben obligarse a asegurar la inscripción y la asistencia escolar de los niños/as de 6 a 14 años, desde preescolar hasta el 6º grado; registrarse en programas de salud, acudir a los controles de salud infantil y materna y asegurar el cumplimiento de los protocolos básicos de salud y de inmunización materno e infantil; asistir a las capacitaciones para las familias ofrecidos por Red Solidaria; y utilizar las transferencias de dinero en efectivo proporcionadas por Red Solidaria en el consumo de alimentos

En el diseño de programas de TMC se pueden identificar dos reglas generales que determinan la entrada de sus beneficiarios. La primera posibilidad refiere a que se asignen beneficios económicos a determinados grupos sin distinción socioeconómica, es decir, de manera universal y sin distinción de clase, la especificidad estaría determinada por otros elementos que no tengan en cuenta el nivel de ingresos o de consumo. La otra opción es que su diseño materialice focalizando la participación de los beneficiarios en los más pobres y vulnerables, es decir, en aquellos que son considerados dentro del rango de pobreza estructural o de nuevos pobres, aunque el diseño de los programas de TCM no se materialice exclusivamente en el ingreso o el consumo, sino en determinadas variables que son parte del mismo fenómeno problemático y permiten, de no accionar con políticas públicas focalizadas, la perpetuación de la pobreza, tales como el trabajo infantil, el cumplimiento de la educación obligatoria, el acceso a servicios básicos, la capacitación laboral y de cualquier otro índole, etc. La decisión dependerá de la disponibilidad de recursos y de los objetivos que se quieran lograr.

“Muchos países con programas bien establecidos han tenido tiempo de mejorar y refinar sus sistemas de focalización. En algunos de los países con programas más nuevos, es probable que se necesiten mejoras. A medida que se diversifica la variedad de países que ejecutan programas de TMC, esperaríamos que sus mecanismos de focalización y posiblemente los resultados de los mismos, se diversifiquen también. Algunos países escogen el universalismo a cambio de la focalización, como hizo Bolivia en el programa Juancito Pinto para todos los estudiantes de primer grado. Los países de Europa oriental que ya han instituido sistemas de comprobación de medios de vida; la focalización basada en la comunidad puede tener

un mayor papel en África y Asia que en América Latina. Además, los resultados que pueden lograrse razonablemente variarán, dependiendo de características de contexto y diseño como el rango de edades cubierto por el programa” (Fiszbein y Schady, 2009: 86 y 87).

La identificación y selección de beneficiarios puede ocurrir en uno o varios niveles. La focalización se puede hacer tanto a nivel geográfico como también por nivel socio económico, de personas u hogares. En algunas ocasiones los programas se implementan mediante la identificación y selección de regiones, municipios y comunas desfavorecidas, y en cada uno de ellos por medio de la autoselección (se abren módulos de empadronamientos y se atiende a todos aquellos que responden a la convocatoria). En otros casos se utiliza un segundo nivel de identificación y selección de hogares o personas, y los beneficios se asignan a aquellos que satisfagan un umbral de elegibilidad (por ejemplo, que su ingreso estimado se encuentre por debajo de un determinado monto).

En la implementación de cada uno de los niveles de identificación y selección de beneficiarios se pueden cometer errores de inclusión y exclusión. Se puede distinguir entre tres tipos de errores diferentes: error por inclusión, por exclusión y por cobertura insuficiente. El primero ocurre cuando en la focalización se produce la entrada de beneficiarios no elegibles (por ejemplo la inclusión de personas no pobres que han sido incluidos como beneficiarios), el error de exclusión tiene lugar cuando, por ejemplo, un hogar solicita ingresar al programa pero no es seleccionado porque se lo considera no pobre, y, en tercer lugar, existe cobertura insuficiente cuando el programa no cubre a toda la población destinataria, puede ocurrir por varias razones: por falta de presupuesto, porque los hogares no conocen el programa, porque no saben que son elegibles, o porque deciden no participar, entre otras causas. Remitimos al trabajo de Benedetti, Farach, Ibarrarán y Villa (2014) para comprender los métodos de focalización y estimación de errores.

Este recurso condicionado, entonces, se cimenta sobre la idea de un Estado que colabora y actúa materialmente, entre las funciones que le son propias, sobre el impulso de aquellos sectores económicos más vulnerables, pero no de una manera discrecional o carente de control, sino incentivando prácticas responsables en el ejido social receptor; procurando que, a través del relativamente estricto control por parte del ente otorgador del debido cumplimiento de tales condiciones a las que supedita su reconocimiento, se afiance la satisfacción de la necesidad que primigeniamente dieron causa al establecimiento de la prestación.

Corresponde aquí traer a la palestra un beneficio adicional que presenta el instituto en estudio. Nos referimos al efecto de las TMC como modo de incentivar en la sociedad prácticas que se consideran beneficiarias para el todo social. Es sabido que los sectores más precarios en términos económicos, son aquellos que arrastran también una seria deuda educativa. No nos referimos aquí a la educación desde la perspectiva exclusivamente formal, sino a la cultura del estricto cumplimiento del calendario escolar, el atento cuidado del embarazo, los controles médicos periódicos y la prevención de enfermedades en general; todas las cuales se revelan como prácticas tan loables como deseables que permiten generar una estructura social más responsable e inclusiva, al tiempo que atacan las razones mismas de la exclusión social. Las TMC importan un cambio de paradigma en la asistencia estatal complementando la clásica provisión de bienes y servicios por parte del Estado (Rawlings, 2003).-

No solo se busca propiciar la inclusión mediante la disposición de fondos, sino también y fundamentalmente atacando las causas mismas de la exclusión –falta de educación que garantice proyección profesional– y sus consecuencias –precariedad en los sistemas de prevención de salud–. El sistema tradicional solo atacaba, cual era entendida por entonces como la manifestación básica de la pobreza, el hambre desde la perspectiva necesidad humana insatisfecha. El nuevo paradigma que se impone en Latinoamérica procura disminuir los índices de desnutrición y trabajo infantil, pero no agota ahí su pretensión, sino que cultiva prácticas sociales que coadyuven a una perspectiva social mejor –en el largo plazo– de los grupos vulnerables, desbaratando el ciclo mismo de la reproducción de la pobreza.

Si bien no escapa a este trabajo la idea de que la mayoría de los beneficiarios que no verificaban tales conductas antes del otorgamiento del beneficio, lo hacen ahora no porque hayan tenido una epifanía de responsabilidad social sino por la búsqueda de la prestación dineraria como tal, no puede dejarse de apreciar que mientras tanto y como efecto colateral, se forma en el ideario del receptor ese “sentido de responsabilidad” que en un escenario deseable persistirá incluso una vez que las prestaciones hayan sido retiradas.

He aquí la gran ventaja que presenta el sistema de TMC como mecanismo para atacar las causas de la pobreza frente a los subsidios tradicionales, toda vez que basta sólo con reunir las condiciones subjetivas de otorgamiento sin necesidad de acreditar ningún tipo de práctica adicional. Nadie debe llamarse al equívoco en este punto: las prestaciones condicionadas, cuando tienen como fines asistir a sectores en necesidad, solo pueden ser una medida concebida *ab*

intio como temporal, cuyo fin último debe ser garantizar las circunstancias estructurales necesarias para atacar y finalmente eliminar las circunstancias de precariedad que hacen necesaria las existencias de las mismas.

No se trata pues de perpetuar la pobreza con prebendas sociales de poca monta, sino antes bien de atacarla y eliminarla. Es aquí donde el beneficiario, en el marco del cumplimiento de los condicionamientos necesarios para el otorgamiento de la TMC, verifican prácticas sociales deseables (salud y educación, por ejemplo) que se revelan como herramientas concretas enderezadas a resolver, idealmente y a largo plazo, su situación de precariedad.

Efectos de las TMC en economías recesivas

Las TMC, como herramienta presupuestaria de asignación de recursos ha sido ampliamente utilizada a los fines de garantizar un direccionamiento de recursos públicos hacia sectores sociales vulnerables, desde la década del 90 hasta nuestros días. Un carácter que destaca de las TMC es el control al que han sido sometidas en los países que las han aplicado; fundamentalmente a los fines de evaluar el impacto social concreto que las mismas han tenido. Se trata de analizar su valor concreto en términos económicos a los fines de paliar la marginación social.

En términos económicos, se ha probado, en varias ocasiones, que se revelan como iniciativas efectivas para incentivar los niveles generales de consumo de una economía (Macours et. al., 2011). No son sino un ejemplo claro de políticas contracíclicas que los Estados llevan adelante, *palanqueando* el gasto social –demanda agregada– en los sectores que de otro modo no podrían participar –o al menos no del modo que lo hacen con los beneficios obtenidos a través TMC– de la puja adquisitiva de bienes, tan necesaria en un contexto económico recesivo.

En la búsqueda de una economía justa, que sólo puede ser adecuadamente juzgada en tanto y en cuanto contribuya al desarrollo de la sociedad en su conjunto (Coraggio, 2002), las TMC son nuevos instrumentos que coadyuvan a la receta keynesiana clásica para paliar los males de la economía recesiva a través de una canalización de recursos públicos que se destinan deliberadamente a atacar la indigencia y pobreza pero también al tiempo que incentivan la actividad económica doméstica y el consumo.

Los beneficiarios de este tipo de planes, en su mayoría sectores pobres de la economía, destinan la inmensa mayoría de los recursos que reciben a fomentar el consumo del mercado interno (Banco Mundial, 2009), lo cual emborrachado en la lógica del “efecto multiplicador”, propuesto por Keynes, coadyuvan a un desarrollo económico en su conjunto. A través de una TMC, por ejemplo, no sólo se ayuda a la madre de un niño a comprarle un guardapolvo a su hijo, sino que correlativamente se ayuda a la empresa que los produce. Se genera así una demanda agregada producto de un aumento del circulante que tracciona el nivel de consumo de la economía real.

La mayoría de los países del bloque latinoamericano, han enfrentado la dura crisis internacional de 2008 a través de medidas proteccionistas e impulsando el consumo interno –en gran parte dotando de recursos a sectores carentes de capacidad de ahorro a través de las TMC–, lo cual ha llevado a una marcada puja inflacionaria, que en la medida que deteriora la función de la moneda como reserva de valor redunda a su vez en un mayor consumo, que naturalmente genera una tendencia alcista moderada en los precios.

Tal como ha señalado el Banco Mundial (2014) en términos generales, las TMC han permitido incrementar los niveles de consumo de la población pobre. Como resultado, en algunos casos han logrado reducir significativamente la pobreza entre los beneficiarios, en particular cuando la transferencia es generosa, bien dirigida y estructurada de modo tal de no desalentar la búsqueda de otras salidas de la pobreza entre sus receptores.

Al empoderando económico de los sectores más vulnerables le sigue una consecuente reactivación del consumo interno, sin embargo, en países como Colombia se ha hecho notar que el efecto de incentivo al consumo podría ser más sutil de lo que uno podría inmediatamente imaginar (Orazio et. al., 2005), por un lado porque el nuevo ingreso de dinero proveniente del erario público a las economías de las familias receptoras, en algunos casos solo compensa la pérdida de ingreso producto de prácticas ilícitas a cuyo coto se supedita la viabilidad del beneficio (por ejemplo trabajo infantil) y por otro lado porque mucho de ese dinero liquido puede ser destinado a pagos de deudas –consumo financiero que no alcanza a la economía real– o en el caso de los beneficiarios con capacidad de ahorro, pueden ser reservados. Cabría aquí argüir que quienes revelan capacidad de ahorro mal podrían considerarse como grupos beneficiarios de las prestaciones en primer lugar.

Pero no es solo el aumento del consumo lo que importa sino también la composición de ese consumo (Attanasio et. al., 2005). Hay una acabada evidencia que los hogares que reciben TMC gastan más en comida y en la canasta básica (de mejor calidad en términos nutricionales) que aquellos hogares compuestos por individuos que no reciben las prestaciones pero presentan nivel de ingresos similares (Fiszbein Ariel y otros, 2009).

En el mismo sentido es digno de destacar los beneficios en términos de acceso al sistema de educación formal, y fundamentalmente, público. El propio Banco Mundial (2014) señala que en todos los países, la matrícula escolar se ha incrementado entre los beneficiarios de las TMC, sobre todo en el caso de los niños más pobres, cuyas tasas de matriculación eran las más bajas antes del inicio de estos programas. En países como Bangladesh, Pakistán y Turquía, donde la matrícula escolar entre niñas eran más bajas que la de sus pares varones, las TMC han ayudado a reducir la brecha de género (Fiszbein et.al., 2009).

Mismos efectos se replican en el uso de mecanismo de salud preventiva (Huntington, 2010). Tal como ha concluido Lisa Fernald (2011) sobre el estudio a largo plazo de los efectos del programa oportunidades en México, las transferencias condicionadas son medios efectivos de incrementar el uso de los servicios de salud y mejorar los indicadores de salud, así como el estado nutricional de los chicos.

Ahora bien, aunque los países latinoamericanos han realizado un importante esfuerzo en el aumentando el gasto público social a través de transferencias monetarias condicionadas, de dispar magnitud atendiendo a cada país individualmente considerado, el resultado sigue siendo insuficiente para lograr un efectivo desarrollo social de la población, por lo que se debería ahondar y profundizar en su utilización. No obstante, la realidad económica y fiscal de algunos países indica que un aumento en ese gasto público social requiere elevados y sostenidos niveles de crecimiento. Así lo establece Sauma (2011) cuando expresa:

“Retomando el análisis global, a pesar del esfuerzo realizado por los países estudiados para aumentar este gasto, en algunos el mismo aún parece insuficiente para avanzar en el desarrollo humano de los habitantes. No obstante, los esfuerzos macroeconómicos y fiscales que representan el nivel actual de gasto en esos países (es decir, los porcentajes que representan el gasto público social respecto al PIB y al gasto público total) ponen en evidencia que el margen de acción para lo social es pequeño, y que

se debe avanzar simultáneamente en el crecimiento económico y en el mejoramiento de las finanzas públicas (efectividad del gasto, pero también la parte tributaria). También debe tomarse en cuenta que desde principios de los noventa, el comportamiento del gasto social ha sido procíclico, lo cual refleja la ausencia de políticas macroeconómicas que permitan la aplicación de una política compensatoria de riesgos sociales en tiempos de crisis" (63).

El caso de Argentina

Particularmente en el caso de Argentina, los programas de TMC, surgen por la iniciativa desplegada en el año 1996 con la implementación del reconocido Plan Trabajar. Tras la crisis económica/ financiera del 2001, dicho plan fue ampliando sus beneficiarios y transformándose en el denominado Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados. En sus orígenes, entregaba una suma fija de dinero a casi dos millones de desempleados, y en su etapa de mayor magnitud– mediados del año 2003– alcanzó a transferir 3052 millones de pesos, equivalente a 1000 millones de dólares (Cogliandro, 2010).

Desde el año 2004 comenzaron a implementarse una serie de programas de TMC destinados a poblaciones desempleadas, entre las que se resaltan: el Plan Familias, el Plan Manos a la obra, y el Plan de Seguros de Capacitación y Empleo. La mayor cantidad de beneficiarios de dichos programas estaba compuesto por personas que habían formado parte del Plan Trabajar, el cual se encontraba en pleno proceso de desintegración. La particularidad de este tipo de programas, fue que los beneficiarios debían cumplir con una contraprestación laboral o una instancia de formación para el trabajo, de una determinada cantidad de horas diarias, como requisito indispensable para recibir el monto en efectivo, de ahí que estos programas también se los llame de corresponsabilidad.

Durante el transcurso del 2009, surgen y se consolidan a nivel nacional dos programas de TMC, bajo dependencia directa del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES). En el primer caso, nos referimos al Programa Ingreso Social con Trabajo "Argentina Trabaja", y en el segundo caso, a la Asignación Universal Por Hijo para la Protección Social (AUHPS).

El Programa Ingreso Social con Trabajo "Argentina Trabaja" que surge a mediados del año 2009, tuvo entre sus principales ejes de intervención la

inclusión social a través del trabajo, la capacitación desde una perspectiva integral, y la promoción de la organización cooperativa. Sus principales beneficiarios fueron aquellas personas pertenecientes a hogares en situación de alta vulnerabilidad social, que no cuenten con otro ingreso proveniente de trabajo registrado, pensión, jubilación, programa social nacional o provincial incompatible.

La implementación del programa se lleva adelante a través de una articulación directa con los distintos entes ejecutores a nivel municipal, representados por las distintas secretarías que realizan diversas obras públicas, y donde los beneficiarios del programa se encuentran organizados bajo la modalidad de cooperativas de hasta 60 miembros. Esta distribución apunta al cumplimiento de uno de los componentes pilares del programa; una actividad laboral concreta en una sede municipal, como condición de poder ser beneficiario de la transferencia directa de dinero que asciende a una suma de \$ 1.200 (150 U\$), depositada mensualmente en una cuenta individual y personal en calidad de monotributista social. Desde el mes de agosto del año 2012, y tras cumplirse 3 años del lanzamiento del programa, al ingreso mensual que reciben los beneficiarios se sumaron dos nuevos conceptos que pueden percibir: un plus por productividad de \$ 300 (35 U\$) y otro por presentismo de \$ 250 (30 U\$).

A su vez, la intervención del programa se organiza a través de otra serie de componentes educativos y sanitarios. En el marco de su participación en el programa, los beneficiarios pueden optar por acceder a algún tipo de terminalidad educativa (alfabetización, educación primaria o secundaria), capacitarse en algún oficio y/o formación laboral específica, y participar en jornadas de prevención y promoción de la salud. Esta serie de componentes, configuran los criterios de admisión y condicionalidad monetaria establecidos por el programa.

Sin embargo, la política de mayor envergadura e impacto en Argentina en términos de TMC, se encuentra representada por la denominada Asignación Universal Por Hijo para la Protección Social y la Asignación Universal por Hijo con Discapacidad, creadas bajo decreto P. E. N. 1602/9, en octubre de 2009. El plan comenzó a implementarse durante el primer trimestre de 2010, con el objetivo primordial de equiparar el ingreso de aquellos niños cuyos padres no estuvieran incorporados al mercado de trabajo formal, y por ende no recibieran la asignación por hijo estipulada en el régimen contributivo de asignaciones familiares (MECON, 2009). La AUHPS, al igual que otras políticas

similares anteriormente mencionadas en la región, adquiere la cualidad de centrarse en transferencias directas de dinero, específicamente fundamentadas y focalizadas sobre los menores pertenecientes al hogar, y transferibles a los mayores responsables.

A mediados del mes de abril del 2011, se anunció la creación de la Asignación Universal por Embarazo (AUE). El principal objetivo del programa es disminuir la mortalidad infantil, teniendo como beneficiarias a las mujeres embarazadas a partir de la semana 12 del período de gestación, las cuales deben cumplir con la totalidad de los controles prenatales requeridos por el sistema de salud público.

Ahora bien, es importante observar en este tipo de programas que el dinero circula igual que cualquier otro objeto o bien (agua, luz, gas, etc.) generando posibilidades tangibles para reducir la pobreza y la exclusión social, aunque también, desde un uso desvirtuado y discrecional, puede actuar ratificando y hasta profundizando diferencias y desigualdades sociales. El dinero transferido a los sujetos destinatarios, generalmente de bajos recursos, presenta condiciones previas o posteriores referidas a su distribución y goce, propias de evaluaciones y juicios morales que realizan grupos en disímiles posiciones en el campo social, y por ende, con esquemas de apreciación, disposiciones y prácticas económicas y culturales diferentes.

Mientras la selección de beneficiarios se mantenga limitada a la población en estado de pobreza crónica, es poco probable que el aumento de la cobertura se convierta en un problema. La pobreza estructural varía poco a lo largo del tiempo y requiere de intervenciones a largo plazo. El objetivo a largo plazo de los PTMC es asegurar que los niños de los hogares beneficiados lograren un nivel escolar suficientemente alto para permitirles salir de la pobreza a través del empleo, eliminando así la necesidad de que la siguiente generación reciba asistencia social. Los hogares beneficiados se “graduarían” del programa cuando sus hijos se graduaran de la escuela secundaria y tuvieran asegurado un empleo digno.

Estos programas en términos cuantitativos nacionales o totales fueron considerados muy positivos por distintos organismos internacionales (ONU, BM, CEPAL) en función de los resultados que arrojaron, pero la falta de coordinación de los gobiernos subnacionales con el central nos brinda situaciones cualitativas regionales (problemáticas) de urgente solución. Así, respecto al promedio nacional, existe fehacientemente una reducción de

los niveles de pobreza e indigencia mediante la utilización de este tipo de políticas, sin embargo, frente a este importante logro podemos vislumbrar la dispar efectividad que tuvo y tiene en relación con cada región del país individualmente considerada.

Apesar de que la República Argentina cuenta con una gran extensión territorial (dos millones ochocientos mil kilómetros cuadrados aproximadamente), constituye un rasgo característico de nuestro país, por motivos naturales y humanos (históricos y actuales), la concentración poblacional en un territorio reducido con grandes ciudades. Tal es así, que el 66,7% de la población reside en las provincias de Buenos Aires (39%), Córdoba (8,2%), Santa Fe (8%), Mendoza (4,3%) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (7,2%). Consecuentemente, se originan centros urbanos con una densidad poblacional que sobrepasan ampliamente a otros. A modo de ejemplo, mientras que CABA posee una densidad poblacional de 14.450,8 habitantes por Km², existen provincias en las cuales hay menos de un habitante por Km².

Ahora bien, tomando otra variable importante respecto al análisis de la igualdad horizontal, destacamos el acceso a la educación, el cual representa uno de los indicadores que de manera más clara pone al desnudo el contraste y los desequilibrios entre las regiones argentinas, de las más pobladas a las de media o baja densidad. En esta materia, es importante destacar que mientras en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) un 82% de la población asistió y completó el nivel primario, en tres provincias del norte argentino, como Corrientes, Chaco y Misiones, el porcentaje desciende al 56,1%, 53,6% y 51% respectivamente.

Por otro lado, en cuanto a la asistencia a establecimientos educativos entre los 15 y 17 años de edad, CABA vuelve a mostrar los niveles más altos llegando al 90,5%, siendo solamente superado por Tierra del Fuego con el 94,8%, mientras que, en Santiago del Estero y Misiones, sólo concurren el 66,5% y 71,6% respectivamente. En este línea, y llevando la comparación a la totalidad de las provincias argentinas, los niveles de finalización del secundario son visiblemente dispares aunque sin pronunciamientos estrepitosos, esto último debido principalmente, según se aprecia del análisis correlacionado, a la Asignación Universal por Hijo.

Justamente, uno de los mayores logros sociales impulsados por el Gobierno Nacional Argentino es el programa denominado Asignación Universal por Hijo para la Protección Social, que es un derecho que les corresponde

a los hijos de las personas que están desocupadas, trabajan en la economía informal con ingresos iguales o inferiores al salario mínimo, vital y móvil, monotributistas sociales, trabajadores del servicio doméstico, trabajadores por temporada en el período de reserva del puesto o perciban alguno de los siguientes planes: Argentina Trabaja, Manos a la Obra, Ellas Hacen, Programa de Trabajo Autogestionado, Jóvenes con más y mejor trabajo, Programa Promover la Igualdad de Oportunidades y Seguro de Capacitación y Empleo.

El cobro de la Asignación Universal por Hijo requiere la acreditación de escolarización y controles de salud de los niños. Se abona a los menores de 18 años, hasta un máximo de 5 hijos, priorizando a los hijos discapacitados y a los de menor edad. Se liquida a uno solo de los padres priorizando a la madre de los beneficiados.

Este es un programa que ha roto paradigmas en el accionar estatal tendiente a solucionar el problema de la capacitación de los jóvenes, la mendicidad y la diferencia de clases apostando fuertemente a lograr una sociedad más justa e igualitaria. Se intenta así generar condiciones idóneas para la ruptura de uno de los principales mecanismos de transmisión intergeneracional de la pobreza. No obstante, y sin desmerecer el importante avance que este programa representa, *hay por lo menos dos cuestiones que deben (re)plantearse o (re)discutirse* para romper el proceso desigualador atendiendo a variables exógenas como el lugar de origen o habitabilidad:

La primera tiene que ver con el eje focal, pues se enmarca en los destinatarios pero no se tiene en cuenta la prestación y calidad del servicio por parte del oferente; es indiscutible que resulta un avance importantísimo para aliviar la situación de vulnerabilidad de los niños y adolescentes y de mejorar el ingreso de esos hogares en todos los rincones del país, incentivando, a su vez, el consumo. Ahora bien, se debe trabajar para que no se limite exclusivamente a la condicionalidad demanda y se tenga también en cuenta el mejoramiento o la calidad/cantidad de la oferta ofrecida.

El problema clave de la desigualdad de la educación reside también *en la cantidad pero sobre todo en la calidad de esta*. Si no hay inversión suficiente en el sistema público, que es el que puede cerrar brechas, el esfuerzo es insuficiente, mas teniendo en cuenta que se trata de un programa nacional y de una financiación de la oferta, fundamentalmente subnacional (si bien la Nación colabora con programas específicos, la educación primaria y secundaria esta descentralizada a los gobiernos subnacionales, con lo cual son estos los que tienen

la responsabilidad de su financiamiento). Ello aunado a que las condiciones de acceso o cercanías que tienen los habitantes a los establecimientos no es la misma en función de donde se habite (pueblo, localidad, municipio, provincia, región), y la infraestructura, materiales y calidad de prestación del servicio sea muy dispar en función de que analicemos regiones ricas en contraste con regiones más pobres, resulta en que el aprovechamiento de las oportunidades educativas en los distintos lugares del país sea necesariamente dispar. **No debe tratarse sólo de brindar oportunidad sino también de dar oportunidad a la oportunidad.** Esto implica trabajar fuertemente y de forma coordinada para atender a las capacidades endógenas de las estructuras estatales y privadas que prestan el servicio.

La segunda cuestión invita a una reflexión más profunda, y por supuesto sujeta a un análisis que no desarrollaremos en este punto, pero que a pesar de esto nos interesa destacar. Es que detrás de las críticas a la redistribución que estos planes generan y de forma enmascaradas en conceptos de libertad de elección, autodeterminación económica, federalismo y competitividad, pueden surgir voces cobardes y discriminadoras de grupos que en vez de pensar en el fortalecimiento del sistema y de los planes a la cuestión detallada, pregonen una supuesta responsabilidad de los pobres para superar dicha pobreza, ya que se les ha ofrecido la oportunidad, y ha sido desaprovechada. Aun más, esa responsabilidad puede trascender el ámbito del propio hogar y plantearse como elemento de responsabilidad social o cultural de crecimiento del país, ya que la pobreza sería un obstáculo para tal logro. O sea, los pobres acabarían siendo los responsables de su condición y, por ende, de que el país no crezca lo suficiente.

Conclusiones

Los programas de TMC requieren los mismos sistemas que otros programas de transferencias, es decir, se necesita como mínimo una forma de establecer la elegibilidad de los usuarios e inscribirlos en el programa, un mecanismo para el pago de los beneficios y *preferiblemente* sistemas sólidos de control y evaluación. Respecto de esto último, tanto la evaluación de los resultados como el control del adecuado desenvolvimiento del programa de TMC dependen en gran medida de la intervención y participación coordinada de los prestadores del servicio, agencias que suministran los fondos y los beneficiarios, cada uno cumple un rol importante en el proceso de ejecución, así, algunos programas,

como en el de Colombia, los beneficiarios deben llenar formularios y llevarlos a cada proveedor de servicios para que los certifique y luego entregarlos a los administradores del programa. En este sentido, las prácticas pueden diferir significativamente, desde listas de asistencia elaboradas a mano por los maestros y que envían a los funcionarios del programa regularmente (Bangladesh y Camboya), hasta formularios de lectura óptica (Méjico) y experimentos con distintos tipos de tarjetas inteligentes (Brasil).

Aunque la evaluación de efectividad sea muy difícil de precisar por múltiples razones intrínsecas a la propia instrumentalización de los programas, lo cierto es que las TMC han resultado en considerables reducciones de los índices de pobreza entre los beneficiarios, especialmente cuando han sido suficientes –para satisfacer las necesidades básicas–, bien dirigidas y estructuradas de una forma que no desaliente a los receptores a llevar adelante otras acciones individuales para lograr salir de la situación de pobreza. Es, por lo tanto, en los sectores poblaciones considerados con pobreza estructural (también a los llamados nuevos pobres), donde deben cualificarse estas transferencias que complementan la clásica y necesaria provisión de bienes y servicios por parte del Estado a través de la entrega de dinero en efectivo. Las TMC son, por lo tanto, instrumentos financieros que persiguen claramente el cumplimiento y efectivización de los derechos humanos.

Ahora bien, *los desafíos y problemáticas que presentan los programas justamente se manifiestan por falta de acuerdos o arreglos políticos – institucionales necesarios*, puesto que de nada sirve exigir la verificación de un calendario de vacunación para la entrega de dinero en efectivo a sus beneficiarios cualificados para reducir la pobreza y las enfermedades, por ejemplo, si cuando estos van al dispensario o al centro de salud se encuentran con que las vacunas no están disponibles o se han agotado. Lo mismo ocurre cuando los sistemas educativos son precarios y a duras penas cumplen con la función básica de formación, o si el hospital que atiende parturientas se encuentra a muchos kilómetros de distancia del domicilio de la beneficiaria.

La debilidad fundamental que amenaza a este tipo de programas es la *disponibilidad y luego la calidad de los servicios cuyo uso o disfrute se les exige a los beneficiarios para la entrega de los recursos dinararios*, por ejemplo, la baja calidad en los sistemas de salud o en el sistema educativo redundan en un escaso mejoramiento del estatus de vida de los beneficiarios, más allá de los efectos colaterales positivos que el programa logra producir (Cechini, Simone, 2009).

Las TMC necesitan de un andamiaje estatal inteligente: que otorgue las prestaciones a los sectores que realmente lo necesitan –evitando lo que de otro modo sería un dispendio de recursos públicos en aras a un clientelismo político–, garantizando la infraestructura necesaria para que los beneficiarios puedan cumplir con los hechos condicionantes que se le exigen de manera efectiva y, como corolario, procurando que la medida en si misma sea siempre temporal encaminada como fin último a erradicar los focos de pobreza.

Este ensamblaje estatal necesario, que proponemos llamar ***“estructura estatal circundante”***, y que se entiende como el arreglo público que rodea a la prestación misma, dando sustento material efectivo a las condicionalidades de las mismas; es un elemento esencial para el éxito de los programas y plantea la necesidad de discutir, con una visión más holística, desde donde se adoptan las decisiones políticas y que arreglos tienen entre los distintos entes gubernamentales que conforman los distintos estratos verticales del poder decisorio.

Por ejemplo, en una ciudad caracterizada por la concentración de funciones en el centro de ésta y la localización de los espacios residenciales de la población en situación de pobreza en sus periferias (situación que lamentablemente encontramos en cualquier ciudad populosa de nuestro continente), la falta de servicios y de oportunidades laborales, educativas o de otra índole en su entorno local obligan a la población pobre a desplazarse fuera de éste en busca de ellas, con lo cual desarrolla buena parte de su vida cotidiana lejos de su lugar de residencia. Dada la distancia que separa los espacios residenciales pobres de los lugares donde se ofrecen las oportunidades, las personas en situación de pobreza están obligadas a trasladarse mucho más que las clases medias o pudientes, y a utilizar - combinar medios de transportes públicos. Por lo tanto, a la utilización de las TMC para permitir cambios de hábitos en la población beneficiaria y obtener resultados a mediano y largo plazo deseados, se le suma la instrumentalización, en este caso, de un servicio municipal (de transporte adecuado y accesible) ajeno al andamiaje propio de la transferencia.

Si bien el transporte público representa un importante elemento de inclusión social para la población en situación de pobreza, los elevados costes de su uso cotidiano constituyen un potente elemento de freno a dicha potencialidad y pueden derivar en una de las causas del fracaso en los resultados de las transferencias monetarias condicionadas.

Otro ejemplo claro de cómo la falencia en la estructura estatal circundante puede amenazar o erosionar los fines últimos de las TMC, es lo acaecido

en Brasil durante la década del 1990-2000 con dos programas gemelos, que compartían similares objetivos, pero que en su implementación dispar llegaron a resultados sustancialmente diferentes. El único programa de administración federal de TMC en implementación a finales de los noventas en Brasil era el *Programa de Erradicación del Trabajo Infantil* (PETI), que coexistía con un programa administrado a nivel estatal y municipal llamado *Bolsa Escola* (BE).

Para Fábio Veras Soares (2004), ambos programas demostraron ser exitosos en cuanto a sus objetivos de engrosar los estudiantes en las aulas, solo PETI tuvo un efecto concreto en reducir la labor infantil (Cardoso y Souza, 2004). La pregunta que surge aquí es: ¿por qué BE, a diferencia de PETI, no tuvo como efecto secundario reducir la labor infantil, a pesar de que ambos incrementaron tanto la matrícula como la asistencia escolar? Una característica distintiva de PETI fue que proveyó de recursos a las municipalidades participantes del plan que debían ser destinados a ofrecer materias extra-curriculares con el objeto de mantener a los chicos ocupados en las aulas durante todo el día, neutralizando la posibilidad de ser utilizados como fuerza de trabajo. En la medida en que estas actividades fueron ampliamente utilizadas por los estudiantes, el trabajo infantil declinó marcadamente, efecto colateral que no se verificó en BE que carecía de tales transferencias (International Poverty Centre, 2004).

Todo lo cual demuestra a las claras que a los fines de la planificación exitosa de una prestación dineraria condicionada, el análisis no puede pivotear exclusivamente en torno al monto económico de la prestación o las nóminas de sus beneficiarios, sino que también el examen integral se debe dirigir a encontrar medios, que permitan reforzar la estructura estatal circundante, que garantizan la efectividad de la condicionalidad y que sirve de base para empoderar a los beneficiarios, al tiempo que funciona como caldo de cultivo de prácticas sociales codiciadas. También, debe desmitificarse aquella idea de que el gasto social sólo ayuda a quien lo recibe, el conjunto de la sociedad se beneficia de éste; los organismos internacionales han reconocido las TMC como instrumentos positivos desde el punto de vista del crecimiento económico de los estados como también desde la perspectiva de la inclusión social en los mismos, cuestión interesante pues ambos fenómenos fueron particularmente renuentes en el pasado a compartir una misma fundamentación. ■

Referencias bibliográficas

- Attanasio, O. y Mesnard, A. (2005). The Impact of a conditional cash transfer programme on consumption in Colombia, IFS.
- Benedetti, F., Farach, M., Ibarrarán, P. y Villa, J.M. (2014). Focalización del programa de transferencias monetarias condicionadas en Honduras. BID, Nota Técnica IDB-TN-705.
- Cardoso, E and Souza. (2004). The impact of Cash Transfers on Child Labor and School Attendance in Brazil. Mimeo.
- Cecchini, S. et. al. (2015). Instrumentos de protección social: caminos latinoamericanos hacia la universalización, CEPAL, N° 136 (LC/G.2644-P).
- Cechini, S. (2009). Do CCT Programmes work in low-income countries? International Policy Centre for Inclusive Growth, United Nations Development Programme.
- Cecchini, S., & Martínez, R. (2011). Protección social inclusiva en América Latina: una mirada integral, un enfoque de derechos. CEPAL.
- Cecchini, S. y Vargas, L. H. (2014): "Los desafíos de las nuevas políticas de desarrollo social en América Latina". Revista de Economía Crítica, 18, pp. 113 – 135.
- Cepal (2015). Desarrollo social inclusivo: una nueva generación de políticas para superar la pobreza y reducir la desigualdad en América Latina y el Caribe. <http://www.cepal.org/es/publicaciones/39100-desarrollo-social-inclusivo-nueva->
- Cepal (2016): Tributación para un crecimiento inclusivo, disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39949/S1600238_es.pdf
- Centro de Estudios para el Desarrollo Económico Benjamin Openhayn (2017): *Informe de coyuntura XIX*. Consultado en (14-12-2017) <http://cedebh.com.ar/documentos/Informe.Coyuntura19CEDEBH.pdf>
- Cogliandro, G. (2010). El programa Asignación Universal por Hijo y los cambios en los programas de transferencias condicionadas. Fundación Siena.
- Coraggio, J. L. (2002). La economía social como vía para el desarrollo social, Red de Políticas Social Urbared, UNESCO, <http://www.redetis.org.ar/media/document/economiasocialcoraggio.pdf>
- Cruces, G, Gasparini, L. (2010) Los determinantes de los cambios en la desigualdad de ingresos en Argentina. Evidencia y temas pendientes. Serie de Documentos de Trabajo sobre Políticas Sociales N° 5. <http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/ideas/pdf/Cruces-Gasparini%20Los%20determinantes%20de%20los%20cambios%20en%20la%20desigualdad%20de%20ingresos%20en%20Argentina.pdf>

- De Cesare, C. (2012): Improving the Performance of the Property Tax in Latin America, Lincoln Institute of Land Policy, en https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/improving-performance-property-tax-latin-america-full_0.pdf
- De Ferranti, D., Perry, G., Ferrera, F. y Walton, M. (2004): Desigualdad en América Latina. ¿Rompiendo con la historia?, Banco Mundial- Alfaomega. <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/2005/01/6514423/la-desigualdad-en-america-latina-rompiendo-con-la-historia>
- Fernald, L., Gertler, P. and Neufeld, L.(2008). Role of cash in conditional cash transfer programmes for child health, growth, and development: an analysis of Mexico's Oportunidades, Lancet.
- <http://www.who.int/management/country/mex/RoleofCashConditionalCashTransferMexicosOportunidades.pdf>
- Fiszbein, A. Schady, N.; Ferreira, F.; Grosh, M.; Kelleher, N.; Olinto, P.; Skoufias, E. (2014). Conditional cash transfers reducing present and future poverty, World Bank. http://siteresources.worldbank.org/INTCCT/Resources/5757608-1234228266004/PRR-CCT_web_noembargo.pdf
- González, J. I., Corredor F. (2016): La reforma tributaria en Colombia no es estructural, ni integral ni progresiva, Rev. Economía Institucional, vol. 18, n° 34, Bogotá: U. Externado de Colombia. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/4508/5851>
- Huntington, D. (2010). The impact of conditional cash transfers on health outcomes and the use of health services in low- and middle-income countries. The WHO Reproductive Health Library / World Health Organization. <http://apps.who.int/rhl/reviews/CD008137.pdf>
- Lustig, N. (2017): El impacto del sistema tributario y el gasto social en la distribución del ingreso y la pobreza en América Latina: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. CEQ Working Paper No. 37, Commitment to Equity Institute, Tulane University. Luisina. <http://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/MINEDU/5320/EI%20impacto%20del%20sistema%20tributario%20y%20el%20gasto%20social%20en%20la%20distribuci%C3%B3n%20del%20ingreso%20y%20la%20pobreza%20en%20Am%C3-%A9rica%20Latina.pdf?sequence=1&isAllowed=>
- Macours, K., Premand, P., and Vakis, R. (2011). Transfers, Diversification and Household Risk Strategies: Experimental Evidence with Lessons for Climate Change Adaptation. Working Paper. <http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-6053>
- Nun, J. (2011). La desigualdad y los impuestos. Introducción para no especialistas. Buenos Aires: Claves para Todos.

- Rawlings, L. and Rubio, G. (2003). Evaluating the Impact of Conditional Cash Transfer Programs: Lessons from Latin America. World Bank Policy Research Working, Paper 3119.
- Rezzoagli, L. y Gamberg, G. (2015): The equality of opportunity: critical guidelines for the continuity of the argentine centre-periphery with continental contributions unequalizing process, Ecorfam Journal, Vol.5 No.13, pp. 2154-2177. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/272475650_The_equality_of_opportunity_critical_guidelines_for_the_continuity_of_the_argentine_centre-periphery_with_continental_contributions_unequalizing_process
- Sauma, P. (2011) Choques externos, política económica y protección social, en Vulnerabilidad económica externa, protección social y pobreza en América Latina, CEPAL, UN/ DESA y FLACS, 23 – 68.
- Soares, F. (2004). Conditional Cash Transfers. A Vaccine against Poverty and Inequality? IPC-IG collections of One Pagers. International Policy Centre of Inclusive Growth. <http://www.ipc-undp.org/pub/chi/IPCOnePager3.pdf>
- Soares, S. and Pianto, D.M. (2003). Use of Survey Design for the evaluation of Social Programmes: The PNAD and the Program for the Eradication of Child Labor in Brazil. University of Illinois. <http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A133.pdf>
- Stampini, M. y Tornarolli, L. (2012). The growth of conditional cash transfers in Latin America and the Caribbean: did they go too far?, BID. <https://publications.iadb.org/handle/11319/1448>
- Susmel, N. (2012), Argentina: Pobreza, desigualdad de oportunidades y políticas públicas en América Latina, Konrad – Adenauer - Stiftung.
- Veras Soares, F. y Britto, T. (2007) Growing Pains: Key Challenges for New Conditional Cash Transfer Programmes in Latin America, International Policy Centre for Inclusive Growth. http://www.unicef.org/spanish/socialpolicy/index_45986.html
- Weller, J. y Miranda, G. (2014). Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. Los programas de transferencias condicionadas y el mercado laboral. Número 10. CEPAL/OIT.

La responsabilidad subjetiva u objetiva en el procedimiento administrativo sancionador en la legislación peruana

Subjective or objective responsibility in the
administrative penalty procedure in peruvian legislation

La responsabilité subjective ou objective dans
la procédure administrative de sanction au niveau
de la législation péruvienne

Responsabilidade subjetiva ou objetiva no
procedimento de penalidade administrativa na
legislação peruana

Erik Francesc Obiol Anaya*
ORCID: 0000-0002-3513-5592. ZIP CODE: CH01

* DNI 42417854 (Perú). Docente Universidad de San Martín de Porres, Docente Escuela de Postgrados de la Universidad Nacional de Trujillo, Maestro en Derecho Constitucional y Administrativo, Master en Gestión Empresarial, Master en Comercio Exterior, erikobiol@yahoo.es.

Cómo citar este artículo:

García, J. (2017). From Ancient Mercenaries to Corporate Warriors: An Historical Approach. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47 (126), pp. 39-53.

Recibido: 4 de noviembre de 2016.

Aprobado: 23 de mayo de 2017.

Resumen

Una de las facultades concedidas por el ordenamiento jurídico al Estado como sujeto de derecho es el *ius puniendi*, la cual es el derecho que faculta al Estado a punir o sancionar a aquel administrado que incurra en un incumplimiento a lo establecido por el ordenamiento jurídico, valiéndose de su facultad de *imperium* y logrando garantizar por medio de su control una adecuada convivencia social. La presente investigación tiene por objeto establecer una crítica a la responsabilidad establecida en el sistema peruano, aplicando una metodología analítica. El procedimiento administrativo sancionador parte de la concepción de que el Estado es un ente en el cual convergen un considerable número de potestades, que al ser ejercitadas tal y como lo indica la norma jurídica, generará en todos los administrados un efecto *erga omnes*.

Palabras clave

Procedimiento administrativo, régimen sancionador, *ius puniendi*, responsabilidad administrativa, potestad jurídica.

Abstract

One of these powers granted by the legal system to the State as a subject of law is the *ius puniendi*, which is the right that empowers the state to punish or punish the administration that incurs a breach of the provisions of the legal system, using of his faculty of *Imperium* and managing to guarantee through his control an adequate social coexistence.

The purpose of this research is to establish a critique of the responsibility established in the Peruvian system, applying an analytical methodology.

The sanctioning administrative procedure starts from the conception that the State is an entity in which a considerable number of powers converge, that when exercised as indicated by the legal norm, will generate in all the administered an *erga omnes* effect.

Key words

Administrative procedure, sanctioning regime, *ius puniendi*, administrative responsibility, legal power.

Résumé

L'un des pouvoirs conférés à l'État en tant que sujet de droit par le système juridique est le *ius puniendi*, qui confère à l'État le droit de punir ou de sanctionner l'administration

qui enfreint les dispositions du système juridique, en utilisant sa faculté *imperium* et en réussissant à garantir une coexistence sociale adéquate grâce à son contrôle.

L'objectif de cette recherche est d'établir une critique de la responsabilité établie dans le système péruvien, en appliquant une méthodologie analytique.

La procédure administrative de sanction part de la conception selon laquelle l'État est une entité dans laquelle convergent un nombre considérable de pouvoirs, que lorsqu'il est exercé comme indiqué par la norme juridique, il générera chez tous les administrés un effet *erga omnes*.

Mots Clés

Procédure administrative, système de sanctions, *ius puniendi*, responsabilité administrative, autorité légale

Resumo

Um dos poderes conferidos pelo sistema jurídico ao Estado como sujeito de direito é o *ius puniendi*, que é o direito que habilita o Estado a punir ou punir a administração que incorre em uma violação das disposições do sistema jurídico, usando de sua faculdade de *imperium* e conseguindo garantir através de seu controle uma adequada convivência social.

O objetivo desta pesquisa é estabelecer uma crítica à responsabilidade estabelecida no sistema peruano, aplicando uma metodologia analítica.

O procedimento administrativo sancionatório parte da concepção de que o Estado é uma entidade na qual converge um número considerável de poderes, que, quando exercido conforme indicado pela norma jurídica, gerará em todo o efeito administrado e *erga omnes*.

Palavras-chave

Procedimento administrativo, sistema sancionatório, *ius puniendi*, responsabilidade administrativa, autoridade legal.

Introducción

Antes de analizar el tema de manera general, se puede definir al procedimiento administrativo sancionador como aquel procedimiento especial compuesto por un conjunto de actos destinados a determinar la comisión o no de una infracción administrativa, con la finalidad de acreditar la responsabilidad del administrado, quien está sujeto a una sanción; si efectivamente ha realizado la conducta infractora, que previamente se encuentra positivizada en la norma (Tirado, 2013).

Sin embargo, es importante establecer, como lo indica Guilherme (2007), los límites procedimentales del Estado en esta materia, con la finalidad de tutelar el derecho del administrado y poder así cumplir con la protección del derecho de la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual es importante cuando se trata de cualquier área del derecho público, ya que el carácter tuitivo de la norma pública exige al Estado brindar unos adecuados medios de protección a sus administrados.

Procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo sancionador tiene por finalidad general corregir o depurar a aquellos sujetos de derecho que contravienen las disposiciones legales en materia administrativa, es decir, permite que se sancione a los administrados que transgredan normas de índole administrativa o que incurran en conductas tipificadas, como infracción dentro del sector público, y que tengan de manera expresa y como finalidad específica, la imposición de una sanción al administrado. Todo ello en función que el actuar del sujeto infractor o hecho factico se subsuman a la descripción general que tiene la norma, amparados en el principio de legalidad.

Se le impone una sanción al administrado, basado en el *ius puniendi* que tiene el Estado para aplicar sanciones y lograr un normal desenvolvimiento en sociedad; sin embargo, como lo indican María y Zerpa (2007), ¿qué sucede cuando el Estado excede sus funciones y hace uso de su facultad de *imperium* para transgredir el derecho del administrado y ocasionar así un daño que puede incluso ser irreparable?

En tal caso se encuentran dos posibles situaciones. La primera de ellas parte del supuesto en el cual la administración, actuando de buena fe, comete un error por medio del cual se vulnera el derecho del administrado, quien al ser detectado al momento de la impugnación del que vio vulnerado su derecho, es resuelto y asunto arreglado; no obstante, se puede ver también que existen casos en los cuales la administración pública vulnera de manera consciente el derecho del administrado, ante lo cual se parte del desagradable supuesto de que se está ante un acto doloso de la administración o, en el peor de los casos, ante un acto de corrupción.

Respecto a la responsabilidad subjetiva u objetiva del Estado, como refiere Baca (2014), se hace referencia a la publicación del Decreto Legislativo 1029 Decreto legislativo, a través del cual se modifica la ley del procedimiento administrativo general, y que al 24 de junio de 2008 puso en tela juicio el criterio objetivo de la responsabilidad en materia sancionadora, que lo diferencia con el derecho penal, lo cual, tras ser sometido a un adecuado análisis, evidencia la presencia de los siguientes aspectos:

Primero, se puede afirmar que el principio del *ius puniendi* es una facultad única del Estado, que existe por regla general en el derecho penal, sin embargo también es aplicable a la potestad administrativa, incluso a pesar de que sus detractores se han opuesto tajantemente a aceptar la posibilidad de que el Estado aplique un derecho sancionador a sus administrados, terminando por aceptar la imposición administrativa de sanciones, como una expresión del *ius puniendi*, que por ser facultad del Estado, es único y solo se pueden apreciar ciertos matices en sus formas.

En segundo lugar está el análisis en la figura del *ius puniendi*, que permite realizar una clara diferenciación entre lo que es sancionable en materia penal y lo que se sanciona en el procedimiento administrativo sancionador. Se puede percibir que en el caso del primero se castiga la infracción a los derechos o a los bienes de una persona, sea natural o jurídica, por medio de una figura típica, antijurídica y culpable, mientras que en el segundo, lo que se castiga es la mera infracción de la norma, pero que dicha conducta no genera un daño material al derecho de terceros.

En tercer lugar, se aprecia que Baca (2014) hace referencia a que los principios del procedimiento administrativo sancionador coinciden con los principios rectores del derecho penal y por ello la promulgación del Decreto Legislativo 1029, lo que buscó infructuosamente fue superar esa similitud,

dado que no importa cómo se plantee la cuestión, al final la diferencia será únicamente la resultante del bien material de la afectación, puesto que en el derecho penal la vulneración se da sobre el derecho de una persona natural o jurídica, ante la existencia de un daño real a sus bienes y derechos. Por otro lado, este autor hace también mención que la dación de esta norma supone como regla general la aplicación para la determinación de una infracción y en base al principio de especialidad según al sector de la norma infringida.

Es también necesario, en el sentido de lo indicado en los párrafos anteriores, que en lo referente al principio de causalidad, el cual puede verse su presencia tanto en materia penal como en el derecho administrativo sancionador, este principio se base en el nexo o en la relación de causalidad que tiene la acción con la consecuencia, advirtiendo también que en virtud a la naturaleza integradora del derecho penal y el derecho administrativo sancionador se puede aplicar el principio de culpabilidad en uno y otro ámbito por igual.

En lo referente al principio de culpabilidad, donde se aprecia el desarrollo y la orientación de diversos aspectos de la responsabilidad en la relación existente entre el hecho causado y el daño ocasionado por este, teniendo en cuenta además los principios referentes al dolo y culpa, se puede inferir de estos conceptos que el nivel de responsabilidad se determinará aplicando el principio de culpabilidad y, excepcionalmente, será posible sancionar de manera objetiva en los casos en los que exista una puesta en peligro de hechos hipotéticos, es decir cuando se vulneren las normas administrativas de prevención general. Es en ese sentido en donde se establece una similitud adicional entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, y esta es la doble vertiente de estos derechos de carácter tuitivo, los cuales por una parte previenen la comisión de un hecho para posteriormente ante el incumplimiento de la norma pasar a sancionarlo.

En tal sentido, debe considerarse que al contrario de lo indicado por el autor antes citado, la responsabilidad en derecho administrativo sancionador es en su esencia de criterio objetivo, y parte de que lo que determina la responsabilidad del administrado es la comisión misma del acto. También cuenta el defecto u omisión que en el caso tuvieron los legisladores del país, al no precisar de manera expresa qué tipo de responsabilidad servía de guía en el procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, al revisar la Ley 27444 del Procedimiento Administrativo General, en su título II se hace referencia al procedimiento administrativo, que analizándolo de manera adecuada, permite inferir que se orienta por el criterio objetivo, debido a su

objeto de estudio, que es notoriamente administrativo-sancionador, y cuya función primordial es prevenir que otros sujetos cometan el hecho infractor dentro de la sociedad, la cual, para la doctrina defensora del procedimiento administrativo sancionador, es esta la principal diferencia con el derecho penal, que es más de tipo sancionador que preventivo, llegando a tener para cierta parte de la doctrina un fin de tipo vengativo además de punitivo con el sujeto infractor.

Por lo indicado en el párrafo anterior, se debe considerar que al determinar si un administrado cometió o no una infracción, basta solo con que se acredite la voluntariedad del sujeto de incumplir la norma administrativa, solo cuando sea necesario, porque el procedimiento administrativo sancionador solo deberá evaluar si el hecho concreto se subsume en una infracción descrita en la ley. En tal caso, el órgano resolutor no tiene las misas atribuciones o prerrogativas que un juez penal, debido a que este no deberá analizar el dolo, sino más bien determinar si hubo o no culpa basándose en una actitud negligente del sujeto.

Es por ello que la tendencia actual es la de generar una reforma neoliberal de la administración pública, basada en los antecedentes sociológicos que refieren que el ser humano es un ser social por naturaleza, siendo esta la premisa que justifica por qué el hombre se asocia en grupos, además de establecer el por qué, a través de una colectividad, el ser humano logra satisfacer mejor sus necesidades, desde las referidas hasta crear formas de sociedad naturales, a las que se llaman pre-políticas, tales como la horda, el clan y la tribu, que son los antecedentes remotos para plantear lo que en la actualidad se tiene como parte de la naturaleza misma de un Estado.

Es entonces, para la doctrina defensora del procedimiento administrativo sancionador, un retroceso evolutivo considerar que también es aplicable la culpabilidad como principio rector de este derecho, debido a que se vulnera el fin general que tiene esta rama. No obstante, se ha de señalar también que efectivamente ambos, tanto derecho el penal como el administrativo, son derechos públicos y, por lo tanto, los dos son de carácter tutivo.

En ese sentido, se puede afirmar que el Estado es el producto de la convivencia humana, que por medio de la unión del conjunto de personas genera la creación de la sociedad, y con ello la defensa de la propiedad; estos dos puntos son el resultado de un proceso cultural paulatino y permanente. El Estado es entonces la mejor forma de organización humana, y se consolida con sus tres elementos: pueblo, que está conformado por un conjuntos de personas

y que es la parte humana del mismo; en segundo lugar el territorio, la base geográfica o física del Estado y, por último, el poder, que es la capacidad o facultad de coerción o mando que se tiene para dirigir a la población que se encuentra dentro del territorio predeterminado.

Al inicio de la historia, la formación del Estado se concibió por medio de lo que hoy se conoce como Estado absolutista, el cual puede verse de manera constante en la época medieval, donde la sociedad era dirigida por nobles y personas que aducían en su favor tener una relación con la divinidad, por medio de cuya gracia fueron elegidos para gobernar; pasaba lo mismo con los cleros, quienes eran los más favorecidos del sistema feudal, e iban aumentando sus riquezas en favor de la Iglesia, pues eran ellos los nuevos propietarios de grandes extensiones de tierra, donadas tanto por nobles como por plebeyos con la intención del perdón de sus pecados, además de establecer en la clase trabajadora un régimen de servidumbre y sumisión ante la figura de representación divina en la tierra.

En este sistema medieval se hace conocida la historia de Juan Sin Tierra, rey de Inglaterra entre los años 1199 al 1216, que a través de la pugna constante de poder llega a gobernar Inglaterra en un sistema autoritario y despiadado. Él estableció el señorío feudal con la entrega a cada campesino de una parcela de tierra a través de un contrato de encomienda, según el cual el señor ofrece protección y el campesino, a cambio, debe entregarle parte de la cosecha y realizar para él un trabajo personal y gratuito. Por este contrato el campesino renunciaba a su libertad y se convertía en siervo del señor feudal. Si un siervo quería dejar el señorío y ser libre, debía pagar lo que su dueño valorara como el precio de su vida. También debía pedir permiso para casarse, ampliar la casa o viajar a otras aldeas. El señor feudal, además, tenía el control sobre la producción agraria, y también los derechos para la administración en sus tierras.

En aquella época, el señor feudal más conocido por sus actos autoritarios y por la forma en que llegó al poder fue Juan sin tierra. Fue famoso también por firmar la Carta Magna, el 15 de junio de 1215, documento que establece una serie de concesiones otorgadas a los nobles ingleses donde se comprometían a respetar los fueros e inmunidades de los mismos. Según Machicado (2008), la importancia de la Carta Magna es que por primera vez se estableció un principio constitucional muy significante, donde el poder del rey puede ser limitado por una concesión escrita, plasma en una ley. En esas circunstancias surge la primera concepción del derecho administrativo, con el iusnaturalismo

natural, dado que proporciona a Inglaterra sus bases constitucionales y concibe la libertad individual de los seres humanos como un derecho innato y un límite al poder estatal.

Con la caída del Estado feudal, en el siglo XVIII, nace una corriente denominada ilustración, que fue un amplio movimiento ideal, no solo de carácter filosófico, sino también cultural y social, que impregnó todas las actividades literarias, artísticas, históricas y religiosas. En esta época se dieron las condiciones de desarrollo para ciertos sectores: la burguesía se había afirmado, el capitalismo había crecido y la monarquía absoluta dominaba el continente europeo. La corriente de la ilustración se caracterizó por la exaltación de la razonabilidad, el desarrollo del espíritu crítico, el anticlericismo en la administración del gobierno, el desarrollo científico y la búsqueda por la felicidad terrenal. Con ello surge la segunda concepción de derecho administrativo, la noción de libertad e igualdad, que crea el pensamiento iusnaturalista cristiano. Esta noción de derecho abre el camino al establecimiento de la nueva teoría política del poder y a la lucha por la tolerancia religiosa, a una corriente más humanista.

En la ilustración aparecen criterios individuales como el de Hugo Grocio, citado a su vez por Álvarez (2000), que reconocen al Estado como una construcción humana, no metafísica. El fin de esta teoría no va ligado a lo religioso, lo que devendría en el reconocimiento de derechos que posteriormente se materializarían internacionalmente (derechos fundamentales), tales como el derecho a la libertad, la igualdad y la libertad de culto.

En la época moderna también existieron importantes filósofos, que permitieron desarrollar nuevos criterios que sirvieron como base de inspiración a los argumentos que recoge la revolución francesa. Filósofos como François Marie Arouet, con el seudónimo de Voltaire (1694-1778), y Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), quienes abogaron por la lucha de los derechos ciudadanos para que fueran igualados al nivel de los derechos de los que gozaba la monarquía.

La noción de derecho administrativo es propia de la revolución francesa. Desde un inicio, la revolución delimitó sus funciones, otorgando una suerte de independencia y autonomía; separando también el ejercicio de funciones administrativas de los actos jurisdiccionales, prohibiendo su injerencia. Con ello, pone en la práctica la teoría de separación de poderes.

Asimismo, establece a un grupo del gobierno (poder ejecutivo) para administrar los bienes públicos y el cumplimiento de las leyes, con la condición del respeto de los derechos básicos de libertad, igualdad y propiedad. La tercera concepción del derecho administrativo es el Individualismo, que se fundamenta con la corriente del iusnaturalismo racional, de la mano de Grocio, tiene una concepción mínima de lo que es un Estado liberal e igualitario.

El derecho administrativo surge como una concepción liberal, que innovó la teoría de la libertad política, encontrando su justificación en el contrato social desarrollado por Rousseau, quien desarrolló la idea de la libertad natural y la libertad política, que explica que los ciudadanos deben renunciar a ciertos derechos del ejercicio de la libertad mediante un pacto social (entre los individuos libres y el Estado), en beneficio de la libertad de toda una ciudadanía que busca procurar el bienestar común. En ese sentido, los derechos civiles ya no son considerados como derechos ilimitados, naciendo así la noción de Estado de derecho.

La cuarta concepción del derecho administrativo la establece la libertad política o la teoría del derecho Político. Esta concepción se fundamenta en el contrato social de Rousseau, por el cual los ciudadanos admiten la existencia de una autoridad y de las leyes, a las que se someten con el objeto de establecer el orden y el bienestar común, limitándose a gozar ciertos derechos a cambio de abandonar la libertad de la que disponían en un estado de naturaleza. El individualismo se somete a la voluntad representada.

Por otro lado, en contraposición a la formación del derecho administrativo francés, que tenía como razón de ser al derecho mediante la formulación de leyes, surge como antecedente en Estados Unidos de Norte América la sentencia *Mabury versus Madison*, por medio de la cual el tribunal supremo estableció que la ley es un mero instrumento para ordenar, que debía ser interpretada e inaplicada por los jueces, a través de un sistema difuso que creó el juez Marshall. Este caso creó un importante aporte jurídico en la forma de administrar justicia, otorgando mayor importancia a evaluación jurídica que realiza el juez sobre la aplicación de las leyes y el respeto de la constitución sobre otras leyes de inferior rango.

Otro antecedente histórico importante es lo sucedido en la segunda guerra mundial. Con el pretexto de la mera aplicación de las leyes, Adolf Hitler asume poderes ilimitados para dirigir a la población alemana, promulgando leyes sin respeto al mando constitucional, dando como resultado la degradación

humana y el exterminio de judíos y gitanos. Como se sabe, después de la derrota de Alemania es cuando se adoptan medidas socio-económicas dentro las políticas de Estado que ayudan a fortalecer al mercado, dejando que su ingreso y permanencia se rija por leyes de oferta y demanda, donde el Estado interviene con el fin de buscar un bienestar social, tal como fomentar el empleo y evitar vulneraciones a los consumidores.

La reforma neoliberal de la administración pública y sus componentes: Estado social de derecho, democracia y participación ciudadana

Como nociones, se tiene que el derecho administrativo es la rama del derecho público interno que trata de la administración y del manejo de los servicios públicos sobre la base de determinadas normas jurídicas. En ese sentido, la administración pública es el conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples labores del Estado y prestar los servicios a la ciudadanía, entendiendo que este no representa a la comunidad, sino es una organización puesta a su servicio.

Es por ello que en la reforma neoliberal de la administración pública se apuesta por reformar su estructura, haciendo que el Estado ya no conciba la solución de los problemas sociales mediante el centralismo (una forma concentrada de facultades de dirección estatal, donde un solo nivel de gobierno administra y toma todas las decisiones administrativas), sino que esta forma de administración es reemplazada por otra, donde está representada o delegada la administración de servicios públicos mediante la desconcentración o descentralización de facultades en los diferentes niveles de gobierno (regional o municipal), generando de ese modo un control bastante disperso, donde cada administración pública, teniendo el derecho de ser juez y parte dentro del procedimiento administrativo sancionador, puede decidir dentro de este procedimiento, incluso en el sector más pequeño de la administración pública, creando de esa manera una necesidad de control por parte del Estado a esas pequeñas administraciones con la finalidad de que no excedan sus funciones (Hurtado, 2006).

Tabla. Descentralización / Desconcentración

Descentralización	Desconcentración
<p>Es el proceso de delegación de funciones de los poderes públicos, fiscales y administrativos a unidades sub-nacionales de gobierno: provincias, departamentos o municipios.</p> <p>Beneficios: mejorar la eficiencia y capacidad de respuesta del gobierno.</p>	<p>Consiste en que los ministerios del gobierno central aumentan la autonomía de sus oficinas regionales. Es decir, el gobierno central dirige y otorga algunas facultades a otras formas de subunidades para que ejecuten sus decisiones. Sin embargo, estas no gozan de independencia económica ni funcional.</p> <p>Beneficios: el gobierno brinda los servicios no solo en contralores unitarios, sino también en gestores otorgando facultades limitadas de dirección.</p>

Fuente: Elaboración propia.

También busca fortalecer los mecanismos de acceso a la salud, ampliando la base de asegurados para que puedan recibir este servicio básico, y busca además que la administración de este servicio sea descentralizado.

Respecto a la administración de justicia, se pretende que el acceso a ella sea más rápido, menos costoso y más seguro para el administrado, por ello es necesaria la implementación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación y el arbitraje. También, dentro del procedimiento administrativo, a través del uso del sistema de precedentes judiciales se busca una justicia más predictible, debiendo ser acatado por todo los niveles jurisdiccionales, consiguiendo así una tutela real de los derechos del administrado, protegiéndolo del Estado mismo. Adicionalmente, esto permite conseguir beneficios adicionales, tales como una adecuada tutela jurisdiccional en vía administrativa sin llegar a lo contencioso y, por su parte, esto genera como consecuencia una descarga procesal al poder judicial.

No se puede olvidar que las resoluciones jurisdiccionales, si se llega a vía contenciosa, deben velar por el respeto y conservación de la dignidad humana sobre la aplicación de otras leyes, buscando así que los fallos jurisdiccionales sean coherentes y con una motivación suficiente para resolver cada caso concreto. Esto busca la protección que se supone debe tener el derecho público por su carácter tutivo, garantizando así el derecho de la tutela jurisdiccional efectiva. Por otra parte, también se apuesta por implementar incentivos para aumentar la productividad del poder judicial a los servidores judiciales y aumentar su remuneraciones afectos erradicar la corrupción.

Esta reforma de administración pública tiene como finalidad mejorar el aspecto económico o financiero, porque el Estado debe ser un facilitador del mercado. Asimismo, que los Estados subdesarrollados deben concentrarse en brindar primero solo servicios esenciales a sus ciudadanos: servicio al agua potable y alcantarillado, servicios al transporte, justicia, educación, salud y un sistema penitenciario adecuado.

Del mismo modo, deben luchar contra la corrupción a través de: menores regulaciones, mayor transparencia y uso del mercado y mejor supervisión. También se deben implementar mecanismos de promoción del personal mediante la capacitación-motivación, las políticas de compensación adecuadas y la formación de un espíritu de equipo.

La reforma neoliberal es un conjunto de estrategias que, para una parte de la doctrina del derecho administrativo, no es más que una aberración a la teoría del Estado, donde este se encarga de desprenderse de responsabilidades con la finalidad de otorgarlas a terceros, desregulando conceptos que en principio son propios del Estado como persona jurídica. Este punto de la doctrina tradicional del derecho administrativo ha encontrado en el sistema anglosajón un opositor, quien se suscribe al contrato mercantil del *New Public Management*. Para autores como Leeuw (1996), la nueva gestión pública busca enfatizar su acción en la aplicación de conceptos económicos, con la finalidad de mejorar la eficiencia y la eficacia en la gestión gubernamental, a la vez que confiere un uso más adecuado de los instrumentos políticos, así como los programas establecidos por el gobierno en cualquiera de sus áreas, las cuales se establecen para alcanzar los estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos.

El sistema de actuación pública en la actualidad se ha visto alienado con estos conceptos empresariales, reduciendo cada vez más los factores propios del Estado, entendido este como el Leviatán, hasta alcanzar la visión actual del Estado, que no dista mucho en sus actitudes con cualquier empresa privada. Tanto así que, por ejemplo en Perú, se encuentra dentro de la administración pública trabajadores con un contrato laboral regulado por el Decreto Legislativo 276 (ley de bases de la carrera administrativa), así como trabajadores dentro de las mismas entidades con un régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo 728 (ley de productividad y competitividad laboral), el cual es propio de las entidades privadas.

A su vez, tal y como lo indican Dunleavy y Hood (1994), actualmente se aprecia que efectivamente existe una disminución del volumen de reglas y

procedimientos en materia de gestión pública, lo cual también se ve reflejado en la disminución de los costes que dicha entidad ya no deberá asumir, debido a que al ceder dichas responsabilidades a entidades de naturaleza privada, podrá reducir considerablemente sus gastos. Este concepto se puede ver perfectamente ilustrado en el sistema norteamericano, donde incluso las cárceles han sido privatizadas, consiguiendo así su autosostenibilidad y evitando al Estado incurrir en la manutención de las mismas.

Autores como Fernández (2000) refieren que en las teorías anteriormente señaladas se puede apreciar la necesidad de desarrollar y perfeccionar nuevas herramientas de control, especialmente orientadas a la evaluación de los logros o resultados obtenidos, asociando el concepto del *New Public Management* con la conceptualización, prácticas y técnicas propias del sector privado. Por su parte, autores como Boden y otros (1998) indican que el uso de las prácticas modernas de la administración pública tiene como única finalidad realizar un adecuado control de resultados con base en los planteamientos estratégicos y operativos de la entidad pública. Broadbent y Laughlin (1998), por su parte, reafirman que el *New Public Management* es en sí mismo un sistema por medio del cual el control público se difumina por medio de la contratación mercantil. Coninck-Smith (1991), Ladner (1999) y Montesinos (1999) refieren que la modernización de la gestión pública no solo busca disminuir la responsabilidad del Estado con el administrado, sino que además se amplía por este medio la introducción de mejoras en la gestión, mediante la desregulación, descentralización, y la introducción de competencia y transparencia en la rendición de cuentas, tal y como se realiza en una empresa privada.

Podría resumirse que la nueva gestión pública persigue la creación de una administración eficiente y eficaz, es decir, una administración que satisfaga las necesidades reales de los ciudadanos al menor coste posible, favoreciendo para ello la introducción de mecanismos de competencias que permitan la elección de los usuarios y a su vez promuevan el desarrollo de servicios de mayor calidad. Todo ello rodeado de sistemas de control que otorguen una plena transparencia de los procesos, planes y resultados, para que perfeccionen el sistema de elección y favorezcan la participación ciudadana.

Conclusiones

La reforma de la administración pública, en gran medida, depende de su ejecución dentro del marco de un Estado de derecho, donde el respeto de los derechos fundamentales y de la dignidad humana prevalezca sobre la aplicación de una norma de menor jerarquía, mediante un sistema de democracia y participación ciudadana que dirija el orden de la nación. Esto se logra si se tiene como política de Estado un sistema administrativo unitario y consensuado, que vele por la protección del administrado, buscando prioritariamente el cumplimiento de los siguientes temas:

- Modernización de la gestión pública, mediante sistemas informáticos idóneos como la implantación del gobierno 2.0 y la ventanilla única para brindar servicios públicos.
- La desregulación de la carga normativa de las entidades públicas con la finalidad de fomentar la inversión privada y la creación de puestos de trabajo que beneficien a los administrados.
- Generar una desincorporación de las entidades públicas fomentando la venta, liquidación, extinción, transferencia o fusión de las entidades tanto del sector público como del paraestatal, con la finalidad de redireccionar los recursos públicos a objetivos prioritarios para generar un Estado de bienestar.
- Fomentar la aplicación de contratos como el BOOT, por medio del cual la administración pública se puede convertir en un gestor de sus recursos, sin los riesgos que trae consigo la mala administración o la corrupción de los funcionarios públicos.
- Concesionar los servicios públicos, estableciendo parámetros contractuales sólidos para ejercer el control de los concesionarios y asegurar que el servicio brindado por estos sea de óptimas condiciones para la satisfacción de los administrados.
- La eliminación de subsidios a ciertas actividades que generan un gasto público irrecuperable, siendo la empresa inversora quien deberá cumplir los requerimientos establecidos por medio de un contrato, en el cual la administración debe garantizar el bienestar de la comunidad.
- Disminución de la burocracia, debido a que el manejo administrativo de la empresa privada es mucho más ágil y versátil, disminuyendo así las trabas para el acceso a la justicia por parte del administrado.
- Incremento de la capacidad de producción industrial del Estado, debido a que la externalización de la producción facilitará su crecimiento económico estable.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Londoño, L. F. (2000) *La historia del derecho internacional público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Baca Oneto, V. S. (2014) ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano. Recuperado de http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_responsabilidad_subjetiva_u_objetiva_en_materia_sancionadora.pdf
- Boden, R., Gummett, P., Cox, D. & Barker, K. (1998) New Public Management and the Funding of Science and Technology Services To The UK Government. *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, 11(3), pp. 267-291.
- Broadbent, J. & Laughlin, R. (1998) Absorption and Absorbing Groups in Schools and GP Practices in the UK. *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, 11(3), pp. 403-435.
- Coninck-Smith, N. (1991) Restructuring for Efficiency in the Public Sector. *McKinsey Quarterly*, 4, pp. 133-150.
- Dunleavy, P.J. & Hood, C. (1994). From Old Public Administration to New Public Management. *Public Money and Management*, 14, pp. 9-16.
- Guilherme Marinoni, L. (2007) *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra editores.
- Hurtado Reyes, M. (2006) *Tutela jurisdiccional diferenciada. Volumen 11 de Tesis & monografías*. Lima: Palestra Editores.
- Ladner, A. (1999) Riforme comunali- tra efficienza e legittimazione, Riassunto del rapporto di ricerca. *Riforme comunali*.
- Leeuw, F.L. (1996) Performance auditing, new public management and performance improvement. Question and answers. *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 9(2), 92-102.
- Machicado, J. (2008). *Carta Magna de Juan sin Tierra*. Recuperado de http://www.oocities.org/eqhd/cm_files/cm.pdf
- María Casal, J. Zerpa Morloy, M. (2007) *Tendencias actuales del Derecho Procesal*. Caracas: Editorial Universidad Católica Andrés Bello.
- Martin Tirado, R. (2013) Procedimiento administrativo sancionador en materia de contratación pública. Derecho al debido proceso en sede administrativa y protección constitucional para el ejercicio de la función arbitral. *Revista Ius et Praxis*, 44, pp. 143-191.
- Montesinos Julve, V. (1999) El cambio de la cultura organizativa de las Administraciones Públicas y el presupuesto. *Ánalisis local*, 27, pp. 71-80.

La proporcionalidad como método interpretativo de la justicia transicional

Proportionality as an interpretative method
of transitional justice

La proportionnalité comme méthode interprétative
de la justice transitionnelle

A proporcionalidade como método interpretativo
da justiça transicional

Marvin Octavio Ortiz Agudelo*
[FALTA Orcid.org/](http://FALTA.Orcid.org/)

* Abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia y Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Medellín, Medellín, Colombia. Contacto: Marvin.ortiz.a@gmail.com

Cómo citar este artículo:

García, J. (2017). From Ancient Mercenaries to Corporate Warriors: An Historical Approach. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47 (126), pp. 39-53.

Recibido: 4 de noviembre de 2016.

Aprobado: 23 de mayo de 2017.

Resumen

La justicia transicional es un mecanismo orientado a la solución de un conflicto que ha generado graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. La justicia transicional presenta un dilema entre la necesidad de vivir la paz y la de realizar justicia. La paz y la justicia, como derechos humanos, son normas que pretenden una realización ideal, por lo que ante la pretensión de realizar varios de ellos en un mismo caso entran en pugna. Dada la imposibilidad de prescindir de la paz o la justicia, ambos derechos deben ser interpretados y aplicados de la manera más óptima permitida por las circunstancias. Debido a la necesidad de superar el conflicto, este problema requiere una solución acuciente para aunar los intereses de los ciudadanos y permitir la reconciliación. Por ejemplo, en Colombia la sociedad se encuentra manifiestamente dividida entre la paz y la justicia. La proporcionalidad ofrece un recurso interpretativo idóneo a este óbice, al ser un método que atiende el contexto y pretende la realización idílica y óptima de los derechos humanos. Por lo que su uso para el estudio de los mecanismos transicionales resulta imperativo en aras de permitir la realización de la paz y la justicia.

Palabras clave

Justicia transicional, interpretación, proporcionalidad, justicia, paz, derechos humanos.

Abstract

Transitional justice is a mechanism aimed at solving a conflict that has generated serious violations of human rights and international humanitarian law. Transitional justice presents a dilemma between the need to live peace and the need to achieve justice. Peace and justice, as human rights, are norms that seek an ideal realization, so before the claim to make several of them in the same case they come into conflict. Given the impossibility of dispensing with peace or justice, both rights must be interpreted and applied in the most optimal manner allowed by the circumstances. Due to the need to overcome the conflict, this problem requires a pressing solution to unite the interests of citizens and allow reconciliation. For example, in Colombia society is manifestly divided between peace and justice. Proportionality offers a suitable interpretive resource to this obstacle, as it is a method that addresses the context and seeks the idyllic and optimal realization of human rights. So its use for the study of transitional mechanisms is imperative in order to allow the realization of peace and justice.

Key words

Transitional justice, interpretation, proportionality, justice, peace, human rights.

Résumé

La justice transitionnelle est un mécanisme orienté vers la résolution d'un conflit qui a généré de graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Elle présente un dilemme entre la nécessité de vivre en paix et celle d'appliquer la justice. La paix et la justice, comme droits de l'homme, sont des normes qui visent une réalisation idéale, de sorte que devant la prétention de réaliser plusieurs de ceux-ci sur un même cas elles entrent en conflit. Etant donné l'impossibilité de se passer de la paix ou de la justice, ces deux droits doivent être interprétés et appliqués de la manière la plus optimale étant données les circonstances. En raison de la nécessité de surmonter le conflit, ce problème requiert une solution urgente afin de rassembler les intérêts des citoyens et permettre la réconciliation. Par exemple, en Colombie la société se trouve réellement divisée entre la paix et la justice. La proportionnalité offre une source d'interprétation idéale à ce problème en tant que méthode répondant au contexte et prétendant la réalisation idyllique et optimale des droits de l'homme. C'est pour cette raison que son utilisation pour l'étude des mécanismes transitionnels semble impérative dans le souci de permettre la réalisation de la paix et de la justice.

Mots clés

Justice transitionnelle, interprétation, proportionnalité, justice, paix, droits de l'homme

Resumo

A justiça transicional é um mecanismo orientado à solução de um conflito que tem gerado graves violações aos direitos humanos e ao direito internacional humanitário. A justiça transicional apresenta um dilema entre a necessidade de viver a paz e a de realizar justiça. A paz e a justiça, como direitos humanos, são normas que pretendem uma realização ideal, pelo que ante a pretensão de realizar vários deles em um mesmo caso entram em pugna. Dada a impossibilidade de prescindir da paz ou a justiça, ambos direitos devem ser interpretados e aplicados da maneira mais ótima permitida pelas circunstâncias. Devido à necessidade de superar o conflito, este problema requer uma solução urgente para aunar os interesses dos cidadãos e permitir a reconciliação. Por exemplo, em Colômbia a sociedade encontra-se manifestamente dividida entre a paz e a justiça. A proporcionalidade oferece um recurso interpretativo idôneo a este óbice, ao ser um método que atende o contexto e pretende a realização idílica e ótima dos direitos humanos. Pelo que seu uso para o estudo dos mecanismos transicionais resulta imperativo em arar de permitir a realização da paz e a justiça.

Palavras-chave

Justiça transicional, interpretação, proporcionalidade, justiça, paz, direitos humanos.

Introducción

La sociedad conoce la guerra desde sus orígenes hasta hogaño, las vías de hecho han sido un recurso constante en las relaciones personales y sociales de los seres humanos, las causas son múltiples, tanto étnicas o religiosas, como ideológicas o independentistas. Los procesos de violencia y paz han variado a través de la historia. En este sentido, en el Siglo XX la humanidad conoció los derechos humanos, que modifican notablemente el curso de la guerra y la pacificación. La realización de los derechos humanos es imperativa, inclusive en circunstancias excepcionales, su materialización tiene que ser cierta, pero no absoluta.

Ante la posibilidad política de acabar la guerra y transitar a la paz, emana una colisión principalmente de dos derechos, ambos de ellos inherentes a los seres humanos: el derecho a la Justicia y el derecho a la Paz¹. Una parte de la sociedad en conflicto reclama vehementemente la aplicación de la justicia ordinariamente considerada, esta es, la justicia ya imperante en el sistema penal. Sin embargo, la otra parte, exige la realización de la paz como un imperativo insubrrogable. Constituyéndose este en uno de los ejes centrales de la negociación y posteriormente, de la aplicación.

Maria Saffon considera que:

“el reto de la justicia transicional consiste en la tarea de resolver la tensión entre derechos de las víctimas y el contexto político de tratamiento benévolos a victimarios para el cese de hostilidades.” (Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) mediante sendas normas se han encargado de regular las situaciones bélicas, estableciendo obligaciones a cargo de los Estados y derechos a favor de las víctimas. Por lo tanto, la Justicia Transicional, más que reconocer o no la existencia de tales normas y cuáles deben ser (o no) aplicadas a estas circunstancias (Carlos Bernal Pulido, 2016), tiene su *nudo gordiano* en analizar cuanta flexibilidad soportan los derechos y las obligaciones pre establecidas, para encontrar el balance entre la maximización del derecho a la paz, sin perjudicar desproporcionalmente el derecho a la justicia.

¹ La UNESCO sostiene que “*La paz no es solamente un valor que deba regir las relaciones internacionales. La paz es también un derecho humano del que todas las personas, los grupos y los pueblos somos titulares: todas y todos tenemos derecho a vivir en paz*”

Así, ante la necesidad de esclarecer cuál es el camino que se debe transitar para llegar a una solución eficiente, eficaz y enfrentar la dicotomía que, como una espada de Damocles, vislumbra imperioso sacrificar la paz o la justicia. Se convierte vital emprender la misión de satisfacer la necesidad hermenéutica de la justicia transicional y encontrar la solución a este conflicto para no errar en su interpretación y no desaprovechar los alcances que podría tener un proceso de justicia transicional en una sociedad como la colombiana. Pero es imprescindible poseer un instrumento eficaz para la aplicación de la Justicia Transicional. Se debe comprender al respecto, que en la justicia transicional convergen principalmente dos derechos valores: por una parte la Justicia, como valor social protector de los derechos a favor de las víctimas, y la sociedad que indirectamente ha sufrido los efectos del conflicto y como deber del Estado de garantizar su realización. Por otra parte, el derecho y valor de la Paz a favor de la sociedad y el deber del Estado a garantizarlas. Esta dupla, son mandatos cuya aplicación absoluta es utópica y su aplicación a un caso concreto requiere de un análisis razonable en procura de su correcta interpretación.

Este enfrentamiento debe ser atendido con un juicio profundo y razonable, el profesor Robert Alexy, en sus estudios sobre hermenéutica constitucional, defiende un mecanismo para compadecer principios fundamentales, llamado juicio de proporcionalidad. Por lo que resulta oportuno asistir a este juicio para encontrar el punto de encuentro entre los principios en conflicto. Se deben tener en cuenta los elementos del juicio de proporcionalidad y construir una salida a la tensión entre los derechos encontrados en aras de lograr el resultado de la reconciliación y transitar a la paz.

Ante las circunstancias, el principio de proporcionalidad se constituye en un recurso razonable mediante el empleo de los elementos compositivos del test de proporcionalidad. Estos son; la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad *stricto sensu*. La idoneidad es la adecuación al fin, si es la medida más adecuada para alcanzar el fin de la paz. La necesidad de utilizarse un medio para conseguir el fin propuesto. Y la proporcionalidad en sentido estricto es el juicio de ponderación donde se equilibren las afectaciones a cada uno de los derechos en tensión.

Adecuar estos principios a los derechos en conflictos y al contexto colombiano comprende tomar, por una parte la justicia, con toda la profundidad expuesta, esto es, considerársele como un derecho y fin último de la vida en sociedad social, incorporando en ella el derecho a la verdad, a la reparación, al castigo de los responsables y a garantizarse no repetición. Por otra parte, el derecho a la

paz, una *conditio sine qua non* para la aplicación de los derechos fundamentales y que su realización es basilar para la efectividad de los otros derechos, también un fin de la convivencia humana, inclusive un fin más último que la justicia, si asumimos la justicia como un medio para la paz.

Encontrar una solución será el reto del presente artículo, que pretende proponer el test de proporcionalidad como una herramienta racional e idónea para la optimización² de ambos derechos (Alexy, Dignidad Humana y Proporcionalidad., 2015). Esto es, realizándolos de la mejor manera posible.

La justicia transicional

Origen

El estudio histórico de los mecanismos implementados para superar los conflictos ha permitido categorizar los procesos de transición. Ruti Teitel, en su “*Genealogía de la Justicia Transicional*” estructuró los procesos de transición acaecidos desde la segunda mitad del Siglo XX en tres generaciones. Siendo la primera aquella que agrupa el proceso post Segunda Guerra, cual llevó a la creación del Tribunal *ad hoc* de Núremberg para judicializar y sancionar a quienes, por parte del bando vencido, cometieron crímenes de relevancia para los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. La característica que lo constituye como la primera fase de la justicia transicional es la imposición judicial de la “justicia de los vencedores” y la aplicación retroactiva de las normas sobre derechos humanos.

El inicio de la Guerra Fría pasmó cualquier nuevo intento de crear un tribunal de parte de la cooperación internacional. Por más de cuarenta años, hasta la creación del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y Ruanda a mediados de los años 90 por el Consejo de Seguridad de la ONU.

La segunda generación de la justicia transicional se caracterizó por procesos nacionales, en los que los conceptos de justicia comenzaron a adaptarse al contexto político de cambio y a la imposibilidad de sometimiento de los infractores de los derechos humanos al estado de derecho por el poderío militar y económico que ostentaban.

2 DRAE: Optimizar: De **óptimo** e **-izar**. tr. Buscar la mejor manera de realizar una actividad.

Así se generó la necesidad de transigir los parámetros de justicia, menoscabando el imperio de la ley para permitir el tránsito. Esta etapa que se desarrolló en la Argentina y Sudáfrica, tuvo un desbalance en la realización de la justicia, que conllevó (al menos en el caso argentino) a declararse la inoperancia de leyes de amnistía y punto final por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³, por resquebrajarse la tensión entre la normatividad internacional y local. Esta segunda fase expandió la concepción de los procesos transicionales a mecanismos más heterocompuestos, en parte por la inclusión de la sociedad como participante de la transición (Teitel., 2003). En este periodo se crearon comisiones de verdad y mecanismos tendientes a lograr la paz mediante la reconciliación.

En la tercera generación, Teitel describe cómo el proceso transicional pasó de ser un medio excepcional a uno general, y se movió de la periferia al centro de la atención y políticas públicas internacionales (Sharp, 2013). La estandarización de la justicia transicional como proceso de pacificación post bélico comportó la creación del Centro Internacional para la Justicia Transicional (2002), el Instituto de Justicia Transicional de la Universidad de Ulster (2003), sendas organizaciones no gubernamentales sobre la materia y el interés de atentos académicos (Iverson, 2013), convirtiendo la justicia transicional en una especialidad independiente.

El origen histórico de estos mecanismos se ubica después de la Segunda Guerra Mundial, según la profesora Ruti Teitel (Teitel., 2003). Cuando se creó un tribunal de justicia *ad hoc* para superar la crisis política, social y democrática europea. Sin embargo, otros autores como Jon Elster y Carlos Bernal Pulido remontan los albores de la justicia transicional a casos mucho más pretéritos.

Los mecanismos contenidos en este neologismo venían siendo objeto de estudio con anterioridad a la creación misma del término. El conflicto y su solución parecen ser un asunto tan antiquísimo como el ser humano mismo. Jon Elster destaca cómo, en Atenas, se dieron dos revueltas en los años 411 a.C. y 404 - 403 a.C., en donde la oligarquía quiso derrocar la democracia. Como consecuencia “*por un lado, introdujeron cambios en la Constitución, para eliminar algunas de las disposiciones que había hecho que la democracia cayera en descrédito. Por el otro, se abstuvieron de ser excesivamente severos con*

³ Caso Usón Ramírez v. Venezuela; Caso Kimel v. Argentina; caso Usón Ramírez v. Venezuela y otros.

los oligarcas" (Elster, 2006) y prefirieron no detenerse en sanciones retributivas en aras de disponerse para la reconciliación.

Por otra parte, hacia el futuro próximo, la justicia transicional también reclama una extensión. Dustin Sharp reconoce un desarrollo adicional en el área y afirma la existencia de una cuarta generación de justicia transicional, producto de la progreso de las tres anteriores. En esta última generación nuevos dilemas emergen, aspectos dejados atrás comienzan a cobrar importancia, tales como: los derechos económicos y sociales, las comunidades, el contexto, las prácticas locales y normas culturales (Sharp, 2013). Todos estos asuntos han sido relegados a las periferias, según Sharp. Los nuevos contextos demandan que aquellas aristas accesorias y tangenciales pasen a hacer parte central de la discusión.

Dilemas De La Justicia Transicional

Si bien el concepto de justicia transicional hace referencia a problemas que no son nuevos en la sociedad. Desde mediados de los años noventa, el término justicia transicional comenzó a usarse por Neil Kritz (Kritz., 1995), para afianzarse a comienzos del nuevo milenio (Bell., 2008). El término justicia transicional es polivalente, por tener variedad de significados, que dependen, además de las "características de los mecanismos específicos que aparecen en esos momentos de cambio político, sino también de los contextos sociales, políticos y culturales, y de las perspectivas desde las cuales se construyen aquellos sentidos." (Sánchez., 2013).

La justicia transicional es la suma de la lucha de poderes en los distintos campos sociales, implica un cambio en la concepción ordinaria de justicia. En momentos de estabilidad política, la ley es garante de estabilidad del *statu quo*, pero en tiempos de conflicto, la ley mantiene el *statu quo* bélico e imposibilita el cambio. El tránsito, es la consecuencia de un contexto donde confluyen diferentes sujetos sociales para la creación de la ley, como un producto del cambio político (Teitel, 2000).

La profesora Ruti Teitel concibe la justicia transicional como la justicia asociada al contexto y a las circunstancias políticas, donde el ideal universal de justicia debe ser desestimado para lograr el fin social de transitar hacia un sistema más liberal democrático. Entiende la profesora argentina la justicia transicional como un producto del voluntarismo político, como aquel

resultado del acuerdo al que las fuerzas sociales alcanzan para transitar del conflicto a la paz, se vislumbra en esta posición concordancia con algunas de la concepciones de lo justo expuestas en el capítulo pretérito, al construir el significado de la justicia como la convención que resulta de las voluntades humanas.

Gabriel Ignacio Gómez Sánchez, expone sobre los intereses que colisionan en las sociedades abocadas a la transición que “...se relaciona con el conflicto entre las necesidades políticas percibidas en un determinado contexto y los valores normativos de justicia.

Esta tensión se presenta especialmente entre la presión política de resolver el conflicto y los reclamos sociales por la aplicación de los lineamientos de justicia preestablecidos en el sistema penal, los cuales por lo general están compuestos por una visión retributiva.

La tensión anterior exhibe el enfrentamiento de dos ideales filosóficos de justicia, cuya contraposición se había advertido anteriormente. Hablamos de un enfrentamiento entre idealistas, siguiendo la tradición liberal occidental, quienes persisten en “*limitar la política mediante el derecho y defender un modelo universal y normativo de justicia transicional que conduzca al fortalecimiento de la democracia y del Estado de Derecho [...] Dicho de forma más simple, la fuerza del poder debe someterse a la racionalidad del derecho.*” (Kritz., 1995). Y por otra parte, los llamados realistas, quienes conciben la justicia y el derecho como consecuencia del contexto político imperante en aquel tiempo y lugar.

Derechos Humanos y Transición

Los derechos humanos han sido el mayor logro moral de la historia de la humanidad. A pesar de su característica de inherente, los Estados positivizaron estos derechos propios del ser humano y los llevaron, en conjunto, de la abstracción e indeterminación, a la concreción y el detalle solo hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 10 de diciembre de 1948, precedida de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, firmada en Bogotá en abril de 1948. No obstante, la DUDH aún sigue siendo un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), firmado en París, el 10 de diciembre de 1948; ésta recoge en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco (26 de junio de 1945).

Pero hay que reconocer que los derechos humanos vivieron una evolución lenta y gradual. La humanidad vivió una evolución antropocéntrica, pasó de buscar el conocimiento y la respuesta a los problemas en el mundo exterior, a buscarlos en el ser humano mismo. Las creaciones científicas y artísticas que fijaban el nuevo rumbo en el ser humano no tardaron y afianzaron la llegada de una nueva época durante el final del Medioevo, pasando por el Renacimiento y concretándose en la Ilustración. Filósofos como Santo Tomás, Guillermo de Ockham, René Descartes, Francis Bacon, John Locke, Rousseau, Montesquieu, Kant, jalonaron la evolución de la humanidad.

Habían vientos de cambio entonces, cambios profundos que en un comienzo buscaron reencontrar al hombre consigo mismo, una visión del hombre y del mundo se gestó en Florencia y retomó aquellas ideas, abandonadas durante siglos de ortodoxia, desde la Grecia clásica, en donde el hombre retomó aquel protagonismo, renació así, el antropocentrismo. El poeta londinense Alexander Pope (1688-1744) por entonces escribió: “entonces conócete a ti mismo [...] El estudio del hombre es el estudio apropiado de la humanidad.” y No obstante, a pesar de este inigualable logro humano, y de la universalidad con la que se califican los derechos humanos, estos no han podido ser entendidos por la mayoría de sus beneficiarios: la humanidad.

Los Derechos Humanos fueron bienvenidos en la Constitución Política de Colombia de 1991, que junto a constituciones coetáneas como la española (1978) y la brasileña (1988), perfiló su horizonte normativo acorde a los nuevos vientos humanistas que surgieron de la época de la posguerra. En esta nueva concepción de Estado se escribió la Magna Carta colombiana, más que para organizar la estructura del Estado, para establecer los horizontes éticos a los que el Estado debe propender.

En Colombia, los derechos fundamentales no se reducen a los enunciados contenidos en la Constitución, está cualidad, no solo se predica de los derechos contenidos en el Capítulo I, del Título II: “*De los Derechos Fundamentales*”. Además, por medio del artículo 94⁴ de la Carta, se extendió el contenido de los derechos y las garantías a las consagradas en tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia. Los derechos humanos son principios rectores del sistema jurídico que tienen doble naturaleza: axiológica y

4 Artículo 94. *La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.*

deontológica, toda vez que el deber ser, comporta un valor, de allí que hoy a los derechos humanos se les tiene no sólo como anteriores a la legislación, sino por encima de lo establecido en aquella (Botero, 2013).

Sin embargo, el texto de la constitución no tuvo asiento en la realidad social colombiana, en la que existe un problema actual y preocupante, sobre la incomprendión del contenido, sentido, alcance y aplicación de los derechos humanos. En Colombia, este asunto ha sido recurrente. En el Informe Mundial sobre Derechos Humanos de 2011 y 2014, el país persiste en dificultades en la aplicación de los derechos humanos. Lo que vuelve especialmente complicado interpretar esta nueva realidad transicional. Toda vez que nos enfrentamos a un nuevo proceso histórico sin haber comprendido adecuadamente el cambio constitucional de 1991.

La progresividad del imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ha incrementado la tensión entre los derechos y deberes que coexisten en la justicia transicional. Se hace entonces polémica la aplicación de la justicia transicional como mecanismo de solución de conflictos modernos.

La proporcionalidad: una solución interpretativa

Origen

Toda historia es también presente y para analizar el presente se precisa valioso evidenciar históricamente el principio de proporcionalidad, porque el pasado no desaparece, siempre “*sigue siendo constitutivo [del] presente, para su compresión*” (Han, 2014). Así, la ilación del concepto de proporcionalidad desde sus aspectos originarios profundizará la comprensión del presente. Sin embargo, será descartada una descripción detallada de la historia de la proporcionalidad por razones prácticas (Pulido, El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, 2005), y se hará mención a algunos hitos relevantes de la proporcionalidad en las ciencias naturales, las artes y especialmente en el derecho.

La idea misma de la proporcionalidad, como elemento de las decisiones y actuar humano, se ha venido estructurando durante siglos, en Grecia, Eudoxo y Euclides incorporaron la razón y la proporción como regla del pensamiento

aritmético. Aristóteles en el Libro “*Ética a Nicómaco*” halla la virtud en el justo medio, exemplificándolo en la medida entre la ambición y la gloria, el estagirita lo describe así:

“...donde quiera que haya exceso y defecto, necesariamente tiene que haber un medio. Puede ambicionar el honor más o menos de lo debido; pero también se puede ambicionar hasta el punto que sea conveniente; y esta disposición, sin nombre particular, que es el justo medio en punto a ambición, es la única digna de nuestra alabanza”

Un poco más adelante concluye:

“esta alternativa se encuentra, al parecer, en todas las demás virtudes; y si los extremos resultan aquí más completamente opuestos, es porque el medio que los separa no ha recibido un nombre especial.”

Sin duda, el principio de proporcionalidad se estudia desde los griegos, y aún hoy se debe entender como un justo medio. No obstante, la mención de algunos hechos relevantes es necesaria para un mayor entendimiento de la evolución de la temática (Pulido, El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, 2005).

Tampoco el arte ha sido ajeno a la proporción, la proporcionalidad de las formas se tornan importantes para artistas renacentistas como Da Vinci, quien la promueve la armonía en el Hombre de Vitruvio, la Economía no ha sido ajena a esta realidad, y un antecedente de considerable importancia se resalta en el italiano Vilfredo Pareto, quien conceptúa la llamada Óptima de Pareto, la cual pretende la eficiencia y optimización en la asignación de los recursos.

La Proporcionalidad en Alemania

Algunos estudios señalan que la génesis del concepto, aplicado al derecho, se dio en Alemania y está consagrado en el Numeral 2 del Artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, este numeral establece textualmente que “*En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia*”. Deduciendo por lo tanto, un claro límite de rango constitucional al exceso en la aplicación de la ley, inclusive a la aplicación misma de la Constitución y sus derechos fundamentales. En ese sentido, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, interpretando la Carta Magna alemana, extendió en su

interpretación el límite de exceso (*Übermassverbot*) como un requisito en la actuación de los demás poderes del Estado.

El Tribunal Constitucional Federal, ha entendido el principio de proporcionalidad “*como un instrumento eficaz, flexible y pragmático para moderar la tensión entre el individuo y el poder público*” (José Ignacio Rainer Arnold, 2012). Además, el Tribunal indica desde entonces cuatro elementos del principio de proporcionalidad: la búsqueda de un fin legítimo, la adecuada propensión al fin legítimo, la necesariedad de la aplicación del medio y por último debe haber proporcionalidad en sentido estricto, considerando los derechos en colisión.

La Proporcionalidad en La Corte Europea de Derechos Humanos

Por su parte, las comunidades europeas, surgidas después de la segunda mitad del Siglo XX, como consecuencia de la unión de países europeos para la regulación común de asuntos como el carbón, acero, energía atómica y la economía. Establecieron como organismo jurisdiccional al Tribunal de Justicia, y también acudieron al principio de proporcionalidad como pauta hermenéutica para la aplicación de los derechos fundamentales (Sentencia “Hauer”, 1979) (Sentencia “Wachauf”, 1989). La interpretación realizada entonces, por el tribunal, tuvo como fuente la doctrina y posteriormente su emergente jurisprudencia.

En ese mismo sentido, en el año 2000, con la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se estableció específicamente el principio de proporcionalidad como estándar interpretativo de los derechos fundamentales en el Numeral 1 del Artículo 52:

“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.”

La Proporcionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el continente americano el principio de proporcionalidad ha tenido buena acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyo estudio es de gran interés, por ser la corte internacional más próxima a Colombia y la cual eventualmente podría analizar el cumplimiento, o no, de los acuerdos entre el Estado colombiano y las FARC. La Corte IDH reconoce el principio de proporcionalidad como parámetro para la interpretación de los derechos humanos establecidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, extrayéndolo como fuente normativa de un ejercicio interpretativo de algunos artículos de la Convención, como lo son:

“Art. 12. *Libertad de Conciencia y de Religión*. [...] 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Art. 13. *Libertad de Pensamiento y de Expresión*. [...] 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para...

Art. 15. *Derecho de Reunión*. [...] El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Art. 16. *Libertad de Asociación*. [...] 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.”

La Corte IDH mediante Opinión Consultiva 5/85, elevada por el Estado de Costa Rica, sobre la interpretación del Artículo 13 y 29, respondió, haciendo alusión a su homóloga europea, lo siguiente:

“[...] la “ necesidad “ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias

opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido [...]”

Sin mencionarlo expresamente, del anterior extracto se infiere la idea de la proporcionalidad (José Ignacio Rainer Arnold, 2012). No obstante, la Corte sí señala manifiestamente la proporcionalidad como mecanismo hermenéutico en la Opinión Consultiva 8/87, elevada en esta oportunidad por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre interpretación de los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención. En esta la Corte Interamericana argumenta que:

“La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.”

Los profesores **Rainer Arnold, José Ignacio Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina**, observan como interesante la extensión que, del principio de proporcionalidad, ha hecho la Corte a derechos en los que no se establece la necesidad como un elemento interpretativo. Esto se expone respecto de variedad de derechos y en múltiples sentencias, tales como: en relación al derecho a la libertad personal (artículo 7) (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009); las garantías judiciales (artículo 8) (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009) (Caso Kimel v. Argentina, 2008) (López Mendoza vs. Venezuela, 2011), protección de la honra y de la dignidad (Caso Kimel v. Argentina, 2008), libertad de expresión (artículo 13) (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009) (Caso Kimel v. Argentina, 2008), derecho de circulación y de residencia (artículo 22) (Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004) derechos políticos (artículo 23) (Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos, 2008) y el derecho a la protección judicial (artículo 25) (Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos, 2008) (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009)

Robert Alexy

Actualmente, el estudioso más eminente del principio de proporcionalidad, es el profesor de la Universidad de Kiel: PhD Robert Alexy, quien parte de la importancia de distinguir las operaciones fundamentales de la aplicación del derecho en dos: la subsunción y la ponderación. La primera es propia de las

reglas, se realiza mediante la aplicación de un enunciado a un caso concreto, son normas que requieren determinación, son mandatos definitivos, se aplican mediante la subsunción. Por el contrario, la ponderación amerita mayor análisis, es propia de los principios, que son mandatos de optimización, esto requiere que se realicen de la mejor manera posible (Alexy, Dignidad Humana y Proporcionalidad, 2015).

Propone R. Alexy, el principio de proporcionalidad como el más importante del derecho constitucional material y como el mecanismo idóneo para la interpretación de principios, compuesto por el estudio de tres subprincipios: la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas (Alexy, El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional , 2007), estos tratan de evitar intromisiones a los derechos que sean innecesarias, inconducentes e ineficaces.

La ponderación en sentido estricto es el núcleo de la ponderación, fundamentado en el Óptimo de Pareto, en donde se pretende hallar la convergencia entre los mayores grados de satisfacción posible de los principios.

Resalta el profesor Alexy, una serie de problemáticas que se presentan en la ponderación:

“...hay tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. Entre estos problemas existen vínculos estrechos. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Ahora bien, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si los análisis revelaran que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia, sobre todo constitucional. El problema de la estructura de la ponderación es, por tanto, el problema central de la ponderación en el derecho” (Alexy, El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional , 2007).

Concibe el profesor Alexy, la estructura del test de proporcionalidad como el tema primordial y cuyo corolario será la apreciación del test como racional. Similar efecto predica de la racionalidad con la legitimidad. Siendo la primera

estable y bien fundada, encontrara consecuentemente un efecto positivo, así: A mayor estructura, mayor racionalidad y mayor legitimidad.

En ese sentido, recordar los albores del principio de proporcionalidad es menester, e inferir cómo el principio de proporcionalidad nace del propósito de racionalización de la interpretación de las normas. La legitimidad de una acción, generalmente es consecuencia de la racionalidad de ella, pero no necesariamente. La racionalidad es uno de los elementos que confieren legitimidad, mas no el único⁵.

Ahora, la racionalidad no deriva de la estructura, por el contrario, la estructura es una consecuencia de la racionalidad debido a que la arbitrariedad de la estructura tiene como causa defectos en su racionalidad. La estructura de la proporcionalidad se construye prevaleiéndose de la razón y si fuere la razón arbitraria, lo será la estructura, y si no, tampoco. Por lo tanto, la racionalidad debe ser el tema central del test de proporcionalidad, es el factor determinante de su estructura y, oportunamente, de su legitimidad.

La ponderación no ha estado exenta de críticas, ilustres doctrinantes como Habermas o Schlink sostienen que la ponderación carece de criterios racionales por lo cual resulta indeterminable, incommensurable e impredecible.

En respuesta a ello, Bernal Pulido, sostiene que:

“La ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo y mucho menos en un ámbito tan controversial como los principios, tan estrechamente vinculado con las ideologías” (Pulido, *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*, 2007).

Empero, la utopía de la objetividad en el derecho, no es razón para desmotivarse en estructurar razonablemente las decisiones. La racionalidad de

5 Garzón Valdés, Ernesto. Consenso, Racionalidad y Legitimidad. *“En la filosofía política contemporánea, hay dos conceptos que juegan un papel esencial para el tratamiento del problema de la legitimidad del Estado: el de consenso y el de racionalidad. Sin embargo, la importancia que generalmente se concede a estos conceptos no significa que exista acuerdo acerca del contenido semántico de racionalidad y acerca de las situaciones en que ha de practicarse el consenso racional, que es el que se supone permite juzgar acerca de la legitimidad del orden...”* file:///C:/Users/user/Downloads/388-388-1-PB.pdf

la ponderación debe llevar a construir una estructura que permita convencer de su razonabilidad, Alexy profundiza mediante tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga argumentativa. Estos satisfacen en gran medida la necesidad de racionalizar el ejercicio de la ponderación y reducir a su máxima expresión la subjetividad y arbitrariedad.

La proporcionalidad como método idóneo para la justicia transicional

La teoría de la proporcionalidad fue concebida, en el campo del derecho, para interpretar principios. En un inicio Ronald Dworkin desarrolló la teoría de la dimensión de peso, en la cual, el estadounidense considera los principios de importancia relativamente variable. De esta idea, Alexy parte con la construcción de su interpretación de los principios como mandatos de optimización (Lopera, 2004). En esencia, esta es la distinción entre principios y reglas, los principios son optimizables, mientras las reglas no. Esto es, los principios buscan una realización ideal, mientras las reglas no, por lo que estas últimas solo colisionan de manera formal, para lo cual las normas interpretativas dan una solución según su jerarquía, tiempo o especialidad.

El concepto de mandato de optimización resulta siendo la piedra angular de la proporcionalidad. No obstante, los mandatos de optimización son una característica no exclusiva de los principios. Por su parte, los derechos fundamentales también son normas que comportan fuerza obligante y un mandato ideal, que propenden hacia un deber ser en su realización, que buscan ser aplicados en la mayor medida posible. Los derechos fundamentales se caracterizan por ser mandatos de optimización, ergo, susceptibles del principio de la proporcionalidad.

La optimización persigue un ideal, procura por “*la mejor manera de realizar una actividad*” (Real Academia de la Lengua Española), es idealista *per se*. Por esto, el mandato de optimización era llamado por Alexy inicialmente como “el deber ser ideal” (ideales Sollen). Sin embargo, es consciente del contexto, por lo que el mandato imperativo de optimización es condicionado por las posibilidades jurídicas y reales existentes, esto es, dentro de las circunstancias (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2002). Así las cosas, la proporcionalidad está concebida para realizar idealmente los mandatos, contemplando las circunstancias. Esto es, vinculando, una concepción idealista, con una consecuencialista de la justicia.

La convergencia entre el idealismo y el consecuencialismo en el principio de proporcionalidad resulta especialmente importante para dar solución a la presente misión, de encontrar idoneidad en la proporcionalidad como método interpretativo de la justicia transicional. Encontramos, que la justicia transicional se encuentra en el dilema de balancear la justicia y la paz dentro de un *statu quo* bélico. Y encuentra la proporcionalidad la capacidad para aunar los intereses contrapuestos y sincretizar una solución eficiente.

No obstante, no ha de tenerse la totalidad del derecho fundamental como objeto de proporción afectado por las circunstancias, considerarlo así, implicaría asumir el riesgo de que ante ciertas circunstancias, la aplicación de un derecho sea fútil y escasa. Por lo que a los derechos deben garantizársele un mínimo improporcionalable, una porción infranqueable, que sirva de óbice en contra la arbitrariedad del poder o la democracia. Esta garantía se encuentra en el núcleo esencial de los derechos, que debe tenerse como baluarte, en la conservación del derecho fundamental, debido a que su transgresión, llevaría a tener el derecho más que balanceado, cercenado.

La proporcionalidad en Colombia

Colombia ha vivido un conflicto activo, desde que los “*dos mundos*” se descubrieron mutuamente en 1492. Conflicto que ha pasado por sus propios orígenes como república independiente en 1810. Los partidos políticos, desde mediados del siglo XIX no escatimaron esfuerzos en utilizar la violencia como instrumento político. La enseñanza ha sido el imperio de las vías de hecho sobre el derecho. Este contexto ha generado tensiones fortísimas entre las diferentes fuerzas sociales, los partidos políticos, las diferentes regiones del país, las clases sociales cada vez más desiguales y entre las víctimas y victimarios.

La Corte Constitucional ha empleado el principio de proporcionalidad desde su creación por la Constitución del 1991. El juez constitucional anterior, cuya facultad residía en una sección de la Corte Suprema de Justicia, priorizaba el silogismo como método interpretativo. Sin embargo, en sus primeros años, la Corte Constitucional comenzó, a utilizar el test de proporcionalidad como forma de interpretación de los derechos fundamentales sin rigor metódico.

En los años posteriores la proporcionalidad sufrió críticas que pedían su exclusión como método interpretativo, forzando el debate sobre su idoneidad

que finalmente llevó a su consolidación y expansión por el sistema jurídico colombiano (Espinosa, 2007).

El test de proporcionalidad ha sido usado por la Corte Constitucional, en los casos más álgidos de los que ha tenido conocimiento: la legalización de la dosis mínima, la eutanasia (Sentencia C-239, 1997), las cuotas de participación femenina (Sentencia C-371, 2000). Inclusive, la Ley de Justicia y Paz, también al pasar por la revisión constitucional (Sentencia C-370, 2006) se analizó bajo el tamiz de la proporcionalidad.

Colombia está constituida como una democracia constitucional, la constitución es norma de normas (artículo 4, Constitución Política de Colombia de 1991), límite al poder político (Mateucci, 1998). Esto implica que las decisiones políticas deben estar sujetas a la *Carta Magna*, conforme a la división del poder y cada uno debe actuar dentro de las competencias otorgadas por la Constitución y la ley; los derechos fundamentales deben ser respetados “*razonable y proporcionalmente*”. De esta forma, la decisión sobre el dilema transicional es más que una cuestión política, una cuestión constitucional siempre que esta conserve su vigencia (Gómez-Velásquez, Junio- Diciembre 2015).

El alcance que la Constitución le da a los derechos fundamentales y su interpretación son elementos necesarios para comprender los linderos conceptuales de la paz y la justicia. El profesor Bernal Pulido reconoce la *aporía constitucional*, como el problema de la sustitución de la constitución por la justicia transicional, como magistrado de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-332 de 2017, defendió la necesidad de conservar al congreso su función deliberativa y declarar incoherente con la constitución vigente la prohibición de realizar modificaciones al Acuerdo de Paz, establecido en el mecanismo de procedimiento legislativo ágil, conocido como *fast track*, consideró la Corte que esta consideración cercenaba uno de los principios fundantes del Estado de derecho: la deliberación democrática.

Necesidad. Prolegómenos Fácticos

La historia de Colombia ha estado estrechamente vinculada con el ejercicio de la violencia como herramienta política, desde la irrupción europea, que impuso su poder militar, político, ideológico y religioso. Mientras en Europa se vivía el glorioso Siglo de las Luces, el panorama para los indígenas americanos era bastante oscuro. Antonio Caballero en su *Historia de Colombia y sus*

oligarquías describe cómo a finales del Siglo XVIII, se produjo el exterminio de los nativos, su avasalladora desaparición se dio:

“los bravos por exterminio, los mansos por mestizaje; y sólo quedaron los que vivían en las selvas impenetrables del Chocó y de la Amazonía, y los irreductibles de los desiertos de La Guajira. Según el primer censo, que se haría en 1778, la población de la Nueva Granada era ya predominantemente mestiza. Sobre poco menos de 800.000 habitantes, 200.000 eran blancos —españoles y criollos—, 400.000 mezclas —mestizos, mulatos, zambos—, 200.000 indios y 65.000 negros esclavos.” (Caballero)

Este era solo el preludio de lo que se perpetuaría en Colombia. Mientras que en la América del norte los colonos estadounidenses se independizaron paulatinamente del Reino de Gran Bretaña mediante la evolución, en el sur, países como Colombia hacían lo propio mediante la revolución.

La Insurrección de los Comuneros, gestada por santandereanos insurrectos, quienes en 1781 encontraron en la fuerza el único medio para defender sus proclamas, hicieron propios los vientos europeos de la Ilustración sin mayor éxito.

Años más tarde, en los tiempos de independencia más de 300.000 mil hombres murieron, cifra similar al número de caídos en las luchas entre el Estado y las guerrillas. Después del mar de sangre, Colombia ganó el autogobierno y el rojo de su bandera.

El fin de la guerra por la independencia no garantizó la paz. No había ya un enemigo externo a quien señalar, el nuevo enemigo estaba entre los compatriotas, el motivo siempre sería el poder, anteriormente escondido tras la liberación de la opresión del imperio español, después tras la democracia. Por entonces, en su Discurso de Angostura, Simón Bolívar profetizaba la fragilidad de lo que vendría:

“Por lo mismo que ninguna forma de gobierno es tan débil como la democracia, su estructura debe ser de la mayor solidez; y sus instituciones consultarse para la estabilidad. Si no es así, contemos con que se establece un ensayo de gobierno, y no un sistema permanente; contemos con una sociedad discolá, tumultuaria y anárquica y no con un establecimiento social donde tengan su imperio la felicidad, la paz y la justicia.”

La democracia devino en el establecimiento de los partidos liberal y conservador a mediados del Siglo XIX, quienes se encargaron de gobernar el país en lo subsecuente, ensañaron la violencia ideológica, dividieron el país y se apropiaron de sus partes. Cien años después de la creación de los dos partidos políticos, estos protagonizaron el episodio más bárbaro del Siglo XX en Colombia, un acontecimiento tan cruel que fue llamado adecuadamente: La Violencia.

En el bipartidismo el poder se privatizó, cerrando espacios a nuevas ideas políticas, ésta fue la receta para el surgimiento de las guerrillas, las cuales pretendieron por las armas lo que no les fue posible por la democracia: el poder.

La identificación de la naturaleza de los intereses en conflicto es un análisis necesario para desarrollar adecuadamente el principio de proporcionalidad. La justicia y la paz, serán los protagonistas del test, por lo que merecen un detenido análisis sobre su naturaleza, importancia e imperatividad de su realización.

Idoneidad – Adecuación

Para el gobierno de Colombia, los fines del proceso de justicia transicional que se negocia con las FARC, son facilitar la terminación del conflicto armado interno, el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos y garantizar en el mayor nivel posible los derechos a las víctimas a la verdad, justicia y reparación (Acto Legislativo 01 de 2012. “Marco Jurídico para la Paz”).

La justicia transicional está compuesta por múltiples mecanismos tendientes a alcanzar sus fines, la Organización de Naciones Unidas (ONU), expuso en *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies* (Organización de Naciones Unidas (ONU)) como fines de la justicia transicional los de la aplicación del derecho penal, la realización de los mecanismos idóneos para lograr verdad, la reparación de las víctimas, la reforma institucional y la prohibición de participación política para quienes hayan cometido delitos en contra de los derechos humanos, todo lo anterior dentro del marco internacional del DIDH y el DIH. Además, Colombia está obligada por los estándares sobre derechos humanos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese sentido, la Convención Americana de los Derechos Humanos ha clarificado los parámetros regionales respecto de la protección de los derechos de las víctimas.

El reconocimiento de los fines es imprescindible para estudiar si los medios utilizados son adecuados e idóneos para obtener el resultado deseado y aclarar el horizonte al momento de intervenir en la pugna entre derechos humanos. Puesto que los derechos humanos son de vital importancia y sería un penoso despropósito limitarlos en aras de alcanzar un resultado improcedente.

Los mecanismos constitutivos de la justicia transicional persiguen el fin último de la paz por medio de la reconciliación. Este fin se realiza por medio de mecanismos transitorios, de los que se valen los Estados, a nivel interno o internacional, tendientes a terminar un conflicto donde se han cometido graves delitos contra los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, por medio de una imposición, como fue el caso Núremberg o una negociación como el caso de Nicaragua, Sudáfrica o Colombia.

Por lo que los mecanismos, dependen del contexto socio político, de las circunstancias en las que se encuentre el Estado que deseé optar por la transición y de lo que se estime como necesario, adecuado y proporcional. Empero, no se admite el tránsito hacia esa finalidad sin lograr la realización de una serie de requisitos, porque erróneamente pudiera tenerse exclusivamente el contexto como determinante de los mecanismos de transición, sin embargo la efectividad de los derechos de las víctimas, las garantías de no repetición y la aplicación de parámetros de justicia son condiciones de necesaria ejecución por constituir derechos humanos, de carácter inalienables e intransigibles (Laporta, 2000), que no pueden ser objeto de enajenación o renuncia, ni siquiera de parte del titular, por ser una característica misma de su misma condición humana.

Dadas las circunstancias actuales, los alcances del estado de derecho, de los conceptos de justicia, paz y democracia tienen referencia directa con los factores reales del poder político, social, económico, cultural, etc. Todos estos factores condicionan el estado político, sería inapropiado intentar evadir dichos factores y pretender imponer iniciativas *culture-neutral* y apolíticas en aras de alcanzar una paz estable y duradera (Park, 2010), la pretensión de unificación teórica de la justicia transicional ha buscado dotar esta industria de coherencia y seriedad (Winter, 2013). Sin embargo, pretender implementar modelos preestablecidos, sin atender cada contexto, en algunos casos entra en incoherencia con la realidad local. Estandarizar la justicia transicional desatendiendo la relatividad de las circunstancias es un propósito ineficaz para los fines últimos de un proceso de pacificación, si esta no deja espacio para la construcción cultural, social, política y democrática de los parámetros para la

búsqueda de la paz, estaremos frente a una paz más falible que estable y más efímera que duradera.

La justicia transicional como mecanismo ajeno a la consulta de los locales despierta muchas dudas (Andrieu, 2010), la atención al *discourse of locals* se hace adecuada, sin pretender imponer el discurso local a los estándares de la normatividad internacional, sino encontrando un balance entre lo local y lo internacional (Waldorf, 2010). Sin embargo, Oliver Richmond advierte que no se debe llegar al extremo de romantizar las opiniones de los locales (Richmond, 2009), por eso la consideración del principio de proporcionalidad como herramienta interpretativa y constructora del acuerdo de pacificación cobra importancia, dentro de dicho test deben incluirse los intereses de los locales como uno de los suministros para la construcción del acuerdo, pero no como el único.

Las Naciones Unidas tuvieron preocupaciones sobre la compatibilidad de los estándares sobre derechos humanos, derecho internacional humanitario y justicia transicional con las prácticas locales (U.N. Secretary General, 2004). No obstante, el antedicho entendido fue superado pasando actualmente a afirmarse la importancia de la participación de los locales en la construcción de paz (U.N. Secretary-General, 2009).

Se debe concebir la participación local como una adecuación de los estándares de derechos humanos. Máxime, si los intereses locales en vez de minimizar el alcance de los derechos humanos, los desarrolla en mayor medida, debido a que el sentido de atender a los intereses de los locales es agregar al proceso de transición una necesaria impronta de legitimidad. Sería así un sinsentido desatender los intereses de la población local cuando en vez de agraviar los derechos humanos, los optimiza.

Otro asunto que debe llevarse al foco de la justicia transicional actual es profundizar el interés por la realización de justicia para la protección de los derechos económicos y sociales. Estos son minimizados y reciben considerablemente menor atención que los crímenes que afectan los derechos civiles y políticos. Considerándose que en variedad de ocasiones la violencia contra los derechos civiles y políticos son una consecuencia de la desatención de los derechos económicos y sociales. En ocasiones, la corrupción y la afectación desproporcional de los recursos naturales llevan a las sociedades a un estado de abandono, marginalidad e indefensión que desemboca en conflictos donde se atenta contra la vida e integridad de seres humanos. Si las

causas del conflicto no se advierten la posibilidad de prevención de futuros conflictos disminuye o desaparece.

Proporcionalidad en Sentido Estricto.

Proporción entre justicia y la paz

Justicia

Aprehender un concepto ideal de justicia no será objeto de este artículo, debido a que ello se circumscribe a una naturaleza *supra humana*, el concepto de justicia que se abordará será el que se encuentra convenido y desarrollado en las normas internacionales, tales como las recomendaciones y mandatos de los organismos internacionales como las Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional, La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre la materia.

La Organización de Naciones Unidas clama por concebir un sentido amplio de justicia transicional, que se enfoque principalmente en las medidas que deben incorporar los Estados en sus procesos para la transición. Estima especialmente los derechos de las víctimas como prioritarios y las posiciona como preponderante en los procesos transicionales. Por otra parte, mantiene una posición estática sobre el interés de castigar a los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves de los derechos humanos, el elemento castigo siempre ha estado presente como consecuencia para el responsable, (Juristas, 2007) la comprensión del derecho al castigo del responsable, como componente del derecho a la justicia que tiene la víctima se refleja en el aforismo “*nullum crimen sine poena*”, entendiendo la pena como castigo. La postura que defiende la anterior afirmación ha sido llamada doctrina de la lucha contra la impunidad, quienes sostienen que el deber de castigar es una obligación que ostenta el Estado. Máxime, al ser vulnerados derechos humanos, cuyo titular es la humanidad misma.

Empero, mientras las Organizaciones de Naciones Unidas es un organismo carente de jurisdicción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) tiene instituida la función de conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. (Humanos C. I.) Así lo ha hecho desde la entrada en vigencia de la convención, el 22 de mayo de 1979, que fue firmada el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 28 de mayo de 1973, por medio de la Ley 16 de 1972.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana y sus interpretaciones sobre los estándares y tratados sobre derechos humanos son de absoluta obligatoriedad. La Corte IDH ha abordado en algunas sentencias la prohibición de promulgar leyes de amnistía, punto final o de perdón y olvido en circunstancias de normalidad o de justicia de transición, sean aquellas normas expresas o tácitas. Esta jurisprudencia se ha mantenido uniforme durante los últimos tres lustros.

La Corte IDH rechaza vehementemente y reiterativamente la adopción de las leyes de auto amnistía, por considerarlas incompatibles con la Convención y un incumplimiento de los deberes consagrados en ella. La Corte ha conocido la problemática de las leyes conocidas como de “autoamnistía”. En una primera oportunidad abordó el asunto en el Caso Castillo Páez (27 de noviembre de 1998); asimismo, en la Sentencia Caso Loayza Tamayo fechado igual al anterior y el asunto ha transitado en otros casos, como en el Caso Barrios Altos vs. Perú, en Sentencia de 14 de marzo de 2001, donde dio a conocer que:

“Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Como consecuencia [...] las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables”

El magistrado Antonio A. Cançado Trindade, compartiendo la decisión unánime de la Corte IDH en el *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile* Sentencia de septiembre 26 de 2006, acudió al voto razonado para expresar que “*dichas autoamnistías, aunque basadas en instrumentos “legales”, - leyes, decretos leyes, u otros, - son la propia negación del Derecho, son verdaderamente una aberración jurídica*”.

En otra sentencia sobre el Perú, en el *Caso La Cantuta contra Perú*. Sentencia de noviembre 29 de 2006, el magistrado Sergio García Ramírez, usando el mismo medio, agregó que “*la existencia formal de las leyes de amnistía [...] dentro del ordenamiento jurídico peruano constituye per se un incumplimiento del artículo 2 de la Convención*”. En este mismo sentido, el magistrado *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas concibió la operancia de leyes de auto amnistía como una “*violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, estatuidos en los artículos 8.1 y 25, y el deber de adoptar disposiciones de*

derecho interno (artículos 1.1 y 2), en perjuicio de los familiares de las víctimas desaparecidas y de la persona ejecutada” (Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil, Sentencia de noviembre 24 de 2010).

La prohibición de aceptar leyes de auto amnistía en casos de violaciones a los derechos humanos, conlleva a reforzar el derechos a la verdad, al conocer las circunstancias que dieron lugar al delito, garantizar a las víctimas el acceso a los mecanismos para conocer la verdad y para la aplicación de justicia, así adoptar herramientas de no repetición y castigo de los victimarios.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, consideró la necesidad de aplicar justicia, mediante la sanción como retribución a los crímenes de lesa humanidad, el Tribunal argumentó que:

“los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo”

La importancia de aplicar justicia ante las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos se hace más importante a propósito del principio de complementariedad de Corte Penal Internacional, organismo que, ante un eventual incumplimiento de los deberes del Estado colombiano, está plenamente facultado para investigar, juzgar y condenar a individuos por las violaciones al DIDH y DIH. La Corte Penal Internacional (CPI), creada por el Estatuto de Roma, es el máximo organismo mundial “*facultad(o) para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional [...] y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales*”⁶.

La fiscalía de este organismo es el organismo encargado de investigar los crímenes y promover su sanción ante la CPI. La fiscalía “*podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte*” y “*si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello*”⁷

6 Estatuto de Roma. Artículo 1.

7 Estatuto de Roma, Artículo 15.

La fiscalía atiende especialmente el proceso de paz de Colombia y ante eventos como la demanda de inconstitucionalidad, ante la Corte Constitucional, del Marco Jurídico para la Paz, en lo relativo la exclusión del procesamiento de los mínimos responsables de violaciones a los DDHH y DIH, ha declarado, por medio de la fiscal jefe Fatou Besouda que:

“Como resultado de ese análisis he llegado a la conclusión que una condena que fuera severa o manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad de los crímenes y de la forma de participación del acusado, visaría el carácter genuino del proceso nacional, aún en caso de que todas las fases previas se hubieran considerado genuinas. En vista de que la suspensión de una pena de prisión significa que el acusado no pase tiempo encarcelado, deseo aconsejarle que esta sería manifiestamente inadecuada en el caso de quienes parecen ser los máximos responsables por la comisión de crímenes de guerra y comisión de lesa humanidad. Una decisión de suspender las penas de cárcel de estas personas podría sugerir que los procesos se llevaran a cabo, o bien con el propósito de sustraer a las personas de que se trate de su responsabilidad penal, de conformidad con los artículos 17(2)(a) y 20(3)(a) o alternativamente que los procesos hayan sido instruidos de manera que, dadas las circunstancias, fueran incompatibles con la intención de someter a las personas a la acción de la justicia, conforme a lo establecido en los artículos 17(2)(c) y 20 (3)(b). ”

Consecuentemente, la Fiscalía de la CPI es un organismo de importancia inigualable y sus recomendaciones, opiniones o sugerencias deben ser tenidas como un parámetro interpretativo fehaciente de la interpretación del *corpus iuris* internacional.

Los estándares de interpretación del derecho internacional son de utilidad al test de proporcionalidad para delimitar el alcance de los conceptos y derechos involucrados. Una transgresión a los parámetros implicaría una afectación excesiva al derecho protegido por ese parámetro que derivaría en la desproporción del test. Asimismo, Colombia ha firmado y ratificado sendos tratados que reafirman su deber constitucional de investigar, juzgar y castigar a quienes violen el DIDH y el DIH, atribuyéndose múltiples obligaciones internacionales a su cargo, que se encuentran en instrumentos internacionales como: El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2)⁸, La

8 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto

Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradiantes (los artículos 4 y 5)⁹, La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (artículos 1, 3, 7)¹⁰, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹¹, la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1, 2, 8 y 25)¹²

-
2. *Cada Estado Parte se compromete a adoptar, las medidas oportunas para dictar las disposiciones [...] que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto...*
- 9 Artículo 4
1. *Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal...*
 2. *Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.*
- Artículo 5
- Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4...*
- [...]
3. *La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.*
- 10 Artículo 1
- Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.*
- Artículo 7
- [...] *los Estados partes tomarán medidas similares para evitar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*
- 11 Artículo 1
- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a*
- a) *No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;*
 - b) *Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;*
- Artículo 3
- Los Estados Partes se comprometen a adoptar [...] las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.*
- Artículo 7
- La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.*
- Artículo 10
- En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.*
- 12 Artículo 1.1. 1. *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...*

Colombia se encuentra ante diversas obligaciones en el ámbito internacional, mediante tratados, jurisprudencia internacional y recomendaciones. Así como internamente, la Constitución misma en su preámbulo, establece la justicia (al igual que la paz) como un valor del pueblo de Colombia que convino la Carta Magna. El artículo segundo, sobre los fines esenciales del Estado, insiste en establecer un orden justo como uno de los fines del Estado (además de la convivencia pacífica y otros).

Los mecanismos de justicia transicional no deben desobedecer los límites que sobre los derechos se ha establecido internacionalmente, son óbices normativos cuyo respeto es imperativo. Sin embargo, las exigencias no deben necesariamente frisar los linderos, acorde a las circunstancias especiales de cada proceso, las demandas de un mayor desarrollo de un derecho se puede hacer necesaria y reclamarse social y políticamente que el derecho humano a la justicia se realice de una forma superior que la que dicta su núcleo esencial.

La Constitución colombiana, en su artículo 229 consagra el derecho de los ciudadanos a acceder a la administración de justicia, mandato reiterado por el artículo 87 que dictamina que: *“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley...”*

El artículo 95 de la constitución representa singular importancia, consagra los deberes y derechos de los ciudadanos, entre ellos, su numeral 4, dispone como deber *“defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica”*. La Carta Magna erige la convivencia pacífica sobre los derechos humanos, siendo estos últimos el fundamento de la paz.

Se observa que la justicia es un valor al que debe aspirar la sociedad en su conjunto, *“Colombia debe celebrar la conciliación de paz y buscar la mejor*

Artículo 2 Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 8.

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley

Artículo 25.

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...

alternativa jurídica para la solución de sus conflictos, pero igualmente es innegable que dicha paz solo puede ejercerse por medio de una justicia, pura y verdadera” (Ibarra-Sánchez, 2016), su realización debe ser de interés no solo de las víctimas. Debido a que los hechos victimizantes afectan a quien padece directamente la violación de su derecho, *verbi gratia* quien pierde su pierna a causa de una mina, su hogar a causa del desplazamiento, su vida a causa del homicidio. También su familia es victimizada, la congoja y dolor de quien posee vínculos sanguíneos o de filiación con una víctima directa afecta su humanidad. Sin embargo, las víctimas no acaban aquí, una sociedad y humanidad, prevalida de compasión, que por naturaleza sufre al conocer el horror, la muerte, el secuestro y la barbarie que padecen sus congéneres deviene en víctima indirectamente.

La justicia sería recibida con beneplácito por las víctimas directas, como por las indirectas. Asimismo, por aquellos integrantes de los grupos a los que se les endilga la comisión de delitos de lesa humanidad, contra el DIDH y el DIH, quienes están censurados socialmente. También, a estos últimos les asiste su derecho a la justicia, para que se les lleve a juicio y sus derechos sean respetados en un proceso debido, se conozca las circunstancias y límites de su responsabilidad, o la ausencia de ella, se les restaure su honor y puedan reintegrarse a la sociedad por medio de la absolución o mediante el castigo.

Derecho a la Paz

La paz es un valor y principio al que se orienta todo el actuar humano, es una aspiración universal, de profunda raigambre humana, es el propósito de la organización universal. Después de la Primera Guerra Mundial, junto con la firma del Tratado de Versalles firmó el Pacto de la Sociedad de las Naciones, cual creó este organismo internacional en procura de consagrar la paz internacional, establecieron entonces “Las Altas Partes Contratantes: Considerando que para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizarles la paz y la seguridad, importa...”. Sin embargo el ánimo pacificador fue subseguido por la Segunda Guerra Mundial, que a su vez recobró con más fuerza el propósito de la vida en sociedad, mediante la creación de la organización política internacional más extensa de la historia de la humanidad, estatuida por la Carta de las Naciones Unidas y cuyo propósito fue “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles” y que en su artículo primero confirmó que la finalidad de su existencia es “mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para

prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión¹³ u otros quebrantamientos de la paz”.

La idea de la paz, como elemento determinante de la vida de los seres humanos como individuos y como sociedad existió desde la antigüedad en el pensamiento religioso, filosófico, político y jurídico (Espiell). Sin embargo, su constitución como derecho humano ha sido esquivo, diferentes organizaciones han propugnado por el reconocimiento de la paz como un derecho a la luz del DIDH. No obstante, el contexto político internacional ha dificultado su tipificación.

Organizaciones como la UNESCO han defendido la positivización del derecho a la paz, y de forma declarativa ha transitado en su defensa, concibiendo que:

“la paz no es solamente un valor que deba regir las relaciones internacionales. La paz es también un derecho humano del que todas las personas, los grupos y los pueblos somos titulares: todas y todos tenemos derecho a vivir en paz; todas y todos tenemos derecho a una paz justa, sostenible y duradera. La paz no es sólo ausencia de conflictos armados, internos o internacionales” (UNESCO)

En marzo de 1998, se desarrolló en París, Francia a representantes de 120 Estados, una conferencia convocada por la UNESCO, que perseguía la finalidad de estudiar un proyecto para declarar la paz como un derecho humano, a pesar del acuerdo de los Estados sobre la importancia y relevancia de la paz como valor, este intento fue insuficiente para lograr un acuerdo sobre su establecimiento como derecho humano (Briz).

Algunas normas internacionales han recogido asimismo este deseo, es el caso de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos que en su artículo 23¹⁴ consagra el derecho a la paz de los pueblos y el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana de Derechos Humanos, dentro del derecho a la educación, en su artículo 13, la orientación de educar para la paz.

13 El acto de agresión hace parte de los delitos de competencia de la CPI, sin embargo, no ha habido consenso para su significación por lo cual, casi dos décadas después del Estatuto de Roma, este no se ha podido aplicar.

14 Artículo 23. 1. *Todos los pueblos tendrán derecho a la paz y a la seguridad nacional e internacional. Los principios de solidaridad y de relaciones amistosas implícitamente afirmados por la Carta de las Naciones Unidas y reafirmados por la de la Organización para la Unidad Africana gobernarán las relaciones entre Estados.*

A nivel interno, en Colombia, la discusión se encuentra en otra etapa, el Derecho a la Paz es reconocido como un derecho fundamental¹⁵ en la Constitución Política de 1991, la paz fue uno de los ejes centrales y motivación del cambio de la Carta Magna. Carlos Gaviria Díaz al respecto reconoció este su importancia de la siguiente forma:

“si uno estudia la Constitución colombiana de 1991, encuentra en ella dos características sobresalientes. Primera: es una Constitución prodiga en derechos, ambiciosa en derechos como ningún otra; y en segundo lugar, contiene una disposición insólita, una disposición un tanto extraña, el artículo 22, creo que no está consignado en ninguna otra Carta, en ninguna Constitución del mundo: la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.” (Díaz, 2011)

Resalta la especial importancia que la paz tiene para la Constitución colombiana de 1991, en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente la paz se exaltó como objetivo de la constitución misma, en esa oportunidad Misael Pastrana Borrero, recordó que “*la organización política tiene como fin primordial la convivencia pacífica. La paz fue uno de los principales fines buscados en el nuevo consenso social, al punto de ser llamado ese cuerpo “la Constituyente de la paz”*”. La paz es un presupuesto del proceso democrático libre y abierto y, adicionalmente, resulta condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales (Sentencia de la T-439, 1992).

El plexo constitucional colombiano está encausado decididamente a resaltar la paz como un elemento aspiracional. Desde el preámbulo mismo, cual dicta que “*el Pueblo de Colombia [...] decreta, sanciona y proclama*” la constitución “*con el fin de [...] asegurar a sus integrantes [...] la paz*” (Constitución Política de Colombia, Preámbulo, 1991). Y vislumbra la “*convivencia pacífica*” como uno de los “*fines esenciales del Estado*”¹⁶. Mayor estabilidad alcanza la paz, al ser instituida en el artículo 22 como un derecho fundamental y además, como un deber a cargo del Estado colombiano, y en su artículo 95, de los ciudadanos¹⁷.

15 Artículo 22. *La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.*

16 Constitución Política. Artículo 2.

17 Constitución Política, Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. [...] El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

[.]

6. Propender al logro y mantenimiento de la paz

De esta forma la paz conforma un derecho colectivo, de tercera generación, al que tienen derecho los colombianos, así lo afirma la Corte Constitucional, interprete y guardián constitucional, en su jurisprudencia (2006, 2006). Empero, la dificultad de su aprehensión imposibilitó su consagración dentro de los derechos para cuya aplicación se requiere inmediatez¹⁸, por medio del mecanismo de la acción de tutela.

La Proporción entre derechos

El término justicia transicional es polivalente, por tener variedad de significados, que dependen, además de las “características de los mecanismos específicos que aparecen en esos momentos de cambio político, sino también de los contextos sociales, políticos y culturales, y de las perspectivas desde las cuales se construyen aquellos sentidos.” (Sánchez., 2013).

El estudio de los derechos involucrados es un prolegómeno necesario para valorar adecuadamente el cumplimiento de la paz y la justicia en cada uno de los mecanismos de justicia transicional. Toda vez, que ante la heterogeneidad y variedad de mecanismos de los que está compuesta la justicia transicional, pretender un cálculo omnímodo sería ciertamente incommensurable, e imposibilitaría la satisfacción del test de proporcionalidad. De esta suerte, el test debe hacerse caso a caso, evaluando la maleabilidad que es capaz de tolerar la paz y la justicia sin resquebrajarse y bajo la honestidad argumentativa de quien busca el cumplimiento de lo correcto. La justicia transicional es la suma de la lucha de poderes en los distintos campos sociales, implica un cambio en la concepción ordinaria de justicia. En momentos de estabilidad política, la ley es garante de estabilidad del *statu quo*, pero en tiempos de conflicto, la ley mantiene el *statu quo* bélico e imposibilita el cambio. El tránsito, es la consecuencia de un contexto donde confluyen diferentes sujetos sociales para la creación de la ley, como un producto del cambio político (Teitel, 2000).

Gabriel Ignacio Gómez Sánchez, resalta la paradoja que se presenta en el contexto de transición esta “*contradicción se relaciona con el conflicto entre las necesidades políticas percibidas en un determinado contexto y los valores normativos de justicia*” (Sánchez., 2013). La tensión se presenta especialmente con la presión política de resolver el conflicto para lograr la paz y los reclamos sociales por la aplicación de los lineamientos de justicia pre establecidos

18 Constitución Política, Artículo 85: *Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.*

en el sistema penal, los cuales por lo general están compuestos por ideales retributivos.

La efectividad de la justicia transicional consiste en solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y la urgencia de lograr el cese de hostilidades, para lo cual busca cumplir con tres criterios cuya importancia es reconocida dentro de nuestra Constitución: la reconciliación, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y el fortalecimiento del Estado Social de Derecho y de la Democracia. Por lo anterior, lejos de sustituir el pilar fundamental de la garantía de los derechos humanos, la justicia transicional pretende ser un desarrollo del mismo en situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos en las cuales la utilización de mecanismos ordinarios puede obstaculizar la salvaguarda de ésta.

Sin embargo, un cálculo desbalanceado de los intereses de la sociedad puede ser el detonante de un nuevo conflicto, por lo que el líder de la transición debe tener la habilidad política de sopesar muy cuidadosamente la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la ejecución de los mecanismos de justicia transicional. El principio de proporcionalidad es un mecanismo idóneo para desatar ese *nudo gordiano* y evitar el tránsito hacia peores condiciones que las anteriores.

Conclusión

La negociación de la paz en un contexto como el colombiano, es indudablemente una labor compleja. Requiere de las partes un profundo interés¹⁹ de resolver el conflicto, de lo contrario, a la parte desinteresada se le tendría que proporcionar las más amplias de las concesiones para resolver el conflicto, y esto estropearía la ejecución de la proporción, debido a que se desbordaría el balance entre los derechos en sentido estricto.

Una inadecuada negociación, conllevaría al rechazo del proceso de paz por parte de los organismos jurisdiccionales que lo supervisan, la imposición de

19 Módulo de Negociación PAE. Para el método Harvard de negociación este elemento es el principal. Tener claro nuestros intereses dentro del conflicto es el primer paso para poder iniciar con el pie derecho una buena negociación.

sanciones al Estado colombiano y a los ciudadanos encontrados responsables de la violación de los derechos defendidos por el Tratado de Roma. Para sortear esta dificultad es menester que las partes en negociación se sirvan del test de proporcionalidad desde la génesis del convenio y evitar indeseables sanciones *a posteriori*.

La justicia transicional obedece al contexto, es decir, los mecanismos implementados para lograr el tránsito hacia la paz, como los parámetros y alcances de los derechos depende de las circunstancias sociales, políticas, militares, económicas y de poder del grupo de personas que pretenden superar el estado bélico, sean ellas una ciudad, un Estado parte de una federación o un Estado nación.

Atender el contexto se hace importante entonces. Debido a que la importancia de las consideraciones que el grupo social pueda tener respecto de los parámetros del tránsito hacia la paz son de necesaria atención para legitimar un proceso de transición, estas consideraciones pueden ser expresadas por mecanismos democráticos preferiblemente o por el sano juicio que el líder de la transición tenga del sentir democrático (democracia representativa).

Es una justicia *ex post facto*, en donde considerar los hechos y circunstancias nacionales es imperativo, pero no exclusivo. Toda vez que se debe aclarar que la democracia no es el único factor que ha de obedecer el proceso de transición, puesto que por convencionalidad no pueden transgredirse los derechos humanos y aunque estos derechos deben ser flexibilizados y adecuados para permitir el tránsito. Su ductilidad no debe infringir la realización de la esencialidad de los derechos humanos.

Se hace posible entrever que la elasticidad de la aplicación de los derechos o parámetros debe tener como límite inferior el núcleo esencial de los derechos humanos y superior, el desarrollo de su progresividad, no considerándose este último un límite en sí mismo.

Este es el campo de acción de la proporcionalidad, dentro del margen comprendido desde el núcleo esencial de los derechos hasta su máxima optimización debe operar el intérprete para analizar la adecuación de los mecanismos transicionales a la finalidad de la paz, estable y duradera. El posicionamiento con mayor proximidad al núcleo o mayor perfectibilidad dependerá las posibilidades fácticas de un mayor o menor desarrollo. En cuanto al análisis referente a la necesidad, se centrará en el estudio de las circunstancias

históricas, esto debe concluir que el tránsito a la paz por medio de un proceso de justicia transicional es imperioso por no haber un medio menos lesivo para los derechos involucrados (*ultima ratio*). Por último, ante el requisito de la proporción en sentido estricto ha de enfocarse el análisis en la naturaleza de cada uno de los derechos involucrados y la ley de proporcionalidad.

Lograr el éxito en un proceso de paz como el colombiano, demanda demanda coherencia entre la concepción teórica y práctica de la transición, que el líder que guie la transición, la habilidad política de unificar el espíritu del Estado, de interpretar el acuerdo de paz a través del justo medio, de congregar a todos los sectores de la sociedad en un interés común. Toda vez, que no pudiera lograrse la reconciliación y cumplirse los fines esenciales del proceso de transición, si se construye un acuerdo que sea ajeno a los distintos sectores sociales. Un acuerdo en cuya estructuración haya intervenido voluntades particulares, difícilmente producirá un compromiso moral con seguridad jurídica y efectos *erga omnes*.

Referencias bibliográficas

- Sentencia "Hauer", 44/79 (Tribunal Europeo de Justicia 13 de Diciembre de 1979).
- Sentencia "Wachauf", 5/88 (Tribunal Europeo de Justicia 13 de Julio de 1989).
- Constitución Política de Colombia, Preámbulo. (1991).
- Sentencia de la T-439, T-439 (Corte Constitucional de Colombia 1992).
- Sentencia C-239, C-239 (Corte Constitucional de Colombia 1997).
- Sentencia C-371, C-371 (Corte Constitucional de Colombia 2000).
- Sentencia del caso Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú (caso Barrios Altos 14 de Marzo de 2001).
- Ricardo Canese vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2004).
- Sentencia C-370, C-370 (Corte Constitucional de Colombia 2006).
- Sentencia C-370 , C-370 (Corte Constitucional de Colombia 2006).

Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de agosto de 2008).

Caso Kimel v. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de mayo de 2008).

INSTRUMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO PARA SOCIEDADES QUE HAN SALIDO DE UN CONFLICTO . (2008). OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.

Caso Usón Ramírez vs. Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre de 2009).

López Mendoza vs. Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de septiembre de 2011).

Sentencia, C-180 (Corte Constitucional 2014).

Sentencia C-180 (2014).

Acto Legislativo 01 de 2012. "Marco Jurídico para la Paz. (s.f.).

Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC .

Alexy, R. (2007). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional* . Bogotá: Universidad Externado.

Alexy, R. (2015). *Dignidad Humana y Proporcionalidad*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Alexy, R. (2015). *Dignidad Humana y Proporcionalidad*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Andrieu, K. (2010). Civilizing Peacebuilding: Transitional Justice, Civil Society and the Liberal Paradigm. *Security Dialogue*.

Aristóteles. (1969). *La Política*. Madrid: Austral.

Aristóteles. (1969). *La Política*. Madrid: Austral.

B, R. (s.f.). *The History of Western Philosophy*. New York: Simon & Schuster.

B, R. (s.f.). *The History of Western Philosophy*. New York: Simon & Schuster.

BELL, C. (s.f.). *On the law of peace*. Oxford.

Bell, C. (2008). On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria. *Oxford University Press*.

Botero, E. G. (2013). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.

Briz, J. M. (s.f.). *La Paz ¿un derecho humano?* Obtenido de <http://www.seipaz.org/documentos/AlemanyDHPaz.pdf>

- Caballero, A. (s.f.). *Historia de Colombia y sus oligarquías, Capítulo 4.* . Obtenido de http://bibliotecanacional.gov.co/proyectos_digitales/historia_de_colombia/capitulo4.html
- Carlos Bernal Pulido, G. B. (2016). *Justicia Transicional: retos teóricos. Tomo I* (Vol. 1). Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Ejercito Nacional de Colombia.
- Constitucional, S. S. (s.f.). Sentencias T-401 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Córdoba, F. E. (2006). La Justicia Restaurativa y las Teorías de la Justicia. *Academia Colombiana de Jurisprudencia*.
- Córdoba, F. E. (2006). La Justicia Restaurativa y las Teorías de la Justicia. . *Academia Colombiana de Jurisprudencia*.
- Díaz, C. G. (2011). Paz y derechos humanos. *Nueva Epoca*. Vol. 17. No 36 .
- Dicc RAE. (s.f.).
- Elster, J. (2006). *Rendición de Cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica* (1 ed.). Buenos Aires: Katz.
- ELSTER, J. (2006). *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz.
- Espiell, H. G. (s.f.). Definición, análisis y situación del derecho humano a la paz. *Dehuidela*.
- Espinosa, M. J. (2007). *Polémicas Constitucionales*. Bogotá: Legis.
- Estatuto de Roma, Preámbulo*. (s.f.).
- Estatuto de Roma, Preámbulo*. (s.f.).
- Grocio, H. (1625). *Prolegómenos del Derecho de Guerra y Paz*.
- Han, B.-C. (2014). *Duft der Zeit: Ein philosophischer Essay zur Kunst des Verweilens*. Bielefeld: Transcript Verlag.
- <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/borrador-conjunto-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto-1450190262.pdf>. (s.f.).
- Humanos, C. d. (2012). *informe a la Asamblea General de Naciones Unidas, referente a la "promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*.
- Humanos, C. I. (s.f.). *Parte II – Medios de Protección. Capítulo VI sobre los Organismos Competentes, Artículo 33.*

- Ibarra-Sánchez, C. D. (2016). De la guerra y de la paz. La filosofía del derecho en torno a los delitos de lesa humanidad y un posible encuentro con la paz. *Revista Principia Iuris*, 153–170.
- Iverson, J. (2013). Transitional Justice, Jus Post Bellum and International Criminal Law: Differentiating the Usages, History and Dynamics. *Int Journal of Transitional Justice*, 413-433.
- José Ignacio Rainer Arnold, F. Z. (2 de Mayo de 2012). *Los principios de razonabilidad y de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Obtenido de Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003
- Juristas, C. c. (2007). *Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones*. Bogotá: Opciones Gráficas.
- Juristas, C. C. (2007). *Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones*. Bogotá: Opciones Gráficas.
- Kritz, N. (1995). *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington D.C.: The United States : Institute of Peace.
- Kritz, N. J. (1995). *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington D.C.: United States Institute of Peace Press.
- Laporta, F. (2000). *Entre el derecho y la moral*. México: Fontamara.
- Lopera, G. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 211-243.
- M., S. (2013). *Justicia ¿hacemos lo que debemos?*, 1ra ed. Bogota, Colombia: Random House Mondadori.
- MANI, R. (2011). *Justicia Transicional*. Bogota: Siglo del Hombre Editores: Universidad Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Mertel. (s.f.). *Truth in a box: the Limits of Justice through Judicial Mechanisms*.
- Organización de Naciones Unidas (ONU). (s.f.). *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Obtenido de <https://www.un.org/ruleoflaw/files/2004%20report.pdf>
- Park, A. (2010). Peacebuilding. The rule of law and the problem of culture. Assimilation, multiculturalism, Deployment. *Journal of Intervention and Statebuilding*, 413.
- Pulido, C. B. (2005). *El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Pulido, C. B. (2005). *El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Pulido, C. B. (2007). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). *La dimensión normativa de la justicia transicional, el sistema interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia*. Anuario Colombiano de Derecho Internacional.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). *La dimensión normativa de la justicia transicional, el sistema interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia*. Anuario Colombiano de Derecho Internacional.
- Quirós, D. Z. (s.f.). *Justificación del Castigo e Inflación Penal*.
- Rawls, J. (1978). *Teoría de Justicia*. México: Fonde de Cultura Económica.
- Real Academia de la Lengua Española, R. (s.f.). *Diccionario de la RAE*. Obtenido de <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=R7YxPPp>
- Richmond, O. P. (2009). The Romanticisation of the Local: Welfare, Culture, and Peacebuilding. *The International Spectator*, 149-169.
- ROXIN, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ROXIN, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1^a edición.
- Rubio, M. B. (s.f.). Reflexiones sobre justicia penal restaurativa. *Internacional Derecho Penal Contemporaneo*.
- Sánchez, J.-M. S. (s.f.). *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"*.
- Sánchez, J.-M. S. (s.f.). *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"*.
- Sánchez, G. I. (2013). Justicia transicional "desde abajo": Un marco teórico constructivista crítico para el análisis de la experiencia colombiana. *Co-herencia* Vol. 10, No 19, 137-166.
- Santa Biblia. (s.f.).
- Santa Biblia. (s.f.). *Deuteronomio 5, 32 – 33*.
- Santa Biblia . (s.f.). *Deuteronomio 6, 25*.
- Santa Biblia, *Deuteronomio 5, 32 – 33*. (s.f.).
- Santa Biblia, *Deuteronomio 6, 25*. (s.f.).

- Schuster, S. & (s.f.). Russel B, The History of Western Philosophy. New York, Estados Unidos.
- Schuster, S. & (s.f.). Russel B, The History of Western Philosophy. New York, Estados Unidos.
- Sharp, D. N. (2013). Interrogating the peripheries: The preoccupations of fourth generation transitional justice. *Harvard Human Rights Journal*, Vol 26, 156.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. Oxford University Press.
- TEITEL, R. (s.f.). *Transitional Justice*. 2000: Oxford University Press.
- Teitel., R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16., 69-94.
- U.N. Secretary General. (2004). *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*. UN Doc. S/2004/616.
- U.N. Secretary-General. (2009). *Report of the Secretary General on Peacebuilding in the immediate Aftermath of Conflict*. U.N. Doc. A/63/881-S/2009/304.
- UNESCO. (s.f.). Obtenido de http://www.unesco.org/archives/multimedia/?s=films_details&pg=33&id=2800
- Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. (2011). *Justicia Transicional*. Bogotá.: Siglo del Hombre.
- Waldorf, L. S. (2010). Localizing Transitional Justice: Interventions and Priorities After Mass Violence. *Stanford University Press*.
- Winter, S. (2013). Towards a Unified Theory of Transitional Justice. *International Journal of Transitional Justice*, 224-244.
- Yugoslavia, T. I. (s.f.). Caso Prosecutor v. Erdemovic.

Da representação democrática e sua legitimidade diante das manifestações populares de 2013 no Brasil

De la representación democrática y su legitimidad ante las manifestaciones populares de 2013 en Brasil

The democratic representation and its legitimacy before the popular manifestations of 2013 in Brazil

De la représentation démocratique et de sa légitimité en face de las manifestations populaires de 2013 en Brésil

Kamilla Rafaely Rocha De SenaRocco*
[Falta orcid.org/](#)
Antonio Rangel Rosso Nelson**
[Falta orcid.org/](#)

* Advogada militante. Graduada em direito pelo centro universitário FACEX - UNIFACEX. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 21ª Região – ESMAT 21. E-mail: kamillarrsena@hotmail.co

** Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa "Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais" do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara. Autor do livro *Curso de Direito Penal - Teoria Geral do Crime* – Vol. I (1º ed., Curitiba: Juruá, art. 2016); *Curso de Direito Penal - Teoria Geral da Pena* – Vol. II (1º ed., Curitiba: Juruá, 2017). E-mail: rocconelson@hotmail.com

Cómo citar este artículo:

García, J. (2017). From Ancient Mercenaries to Corporate Warriors: An Historical Approach. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47 (126), pp. 39-53.

Recibido: 4 de noviembre de 2016.

Aprobado: 23 de mayo de 2017.

Resumo

A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem por desiderato analisar a crise de legitimidade política vivenciada no cenário nacional, vislumbrada principalmente após as manifestações que retirou da inércia o povo brasileiro. A exposição de alguns conceitos como sociedade, Estado e seus elementos se encaixam de modo a demonstrar a origem da legitimidade de representação política. O Brasil é um país historicamente marcado por crises constitucionais, perfazendo caminhos de evolução democrática e retrocesso a ditaduras. A mais recente Carta Política impede o retorno a regimes autoritários, porém nota-se que o texto produzido não por toda a população, mas por representantes que compunham a cúpula política nacional, apesar de inserir previsões do exercício da soberania popular de forma direta tem permanecido no esquecimento dos representantes políticos, sob o fundamento de suas decisões versarem sobre o bem-estar social. Trata-se não somente de elementos jurídicos inseridos na Constituição Federal, mas também de características históricas-culturais que demonstram a gravidade da inércia dos cidadãos.

Palavras-chave

Constituição, legitimidade, democracia representativa.

Resumen

La investigación en pantalla, haciendo uso de una metodología de análisis cualitativo, usando los métodos de abordaje hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, adoptando técnica de investigación bibliográfica, tiene por finalidad analizar la crisis de legitimidad política vivenciada en el escenario nacional, vislumbrada principalmente tras las manifestaciones que sacó de la inercia al pueblo brasileño. La exposición de algunos conceptos como sociedad, Estado y sus elementos encajan para demostrar el origen de la legitimidad de representación política. Brasil es un país históricamente marcado por crisis constitucionales, constituyendo caminos de evolución democrática y retroceso a dictaduras. La última Carta Política impide el retorno a regímenes autoritarios, pero se nota que el texto producido no por toda la población, sino por representantes que componían la cúpula política nacional, a pesar de insertar previsiones del ejercicio de la soberanía popular de forma directa ha permanecido en el olvido de los representantes políticos, bajo el fundamento de sus decisiones sobre el bienestar social. Se trata no sólo de elementos jurídicos insertados en la Constitución Federal, sino también de características históricas y culturales que demuestran la gravedad de la inercia de los ciudadanos.

Palabras clave

Constitución, legitimidad, democracia representativa.

Abstract

On-screen research, using a qualitative analysis methodology, using the hypothetical-deductive approaches of a descriptive and analytical character, adopting a bibliographic research technique, has as a reason to analyze the crisis of political legitimacy experienced in the scenario national, seen mainly after the demonstrations that removed the inertia of the Brazilian people. The exposition of some concepts such as society, the state and its elements fit in order to demonstrate the origin of the legitimacy of political representation. Brazil is a country historically marked by constitutional crises, making paths of democratic evolution and regression to dictatorships. The most recent Political Charter prevents the return to authoritarian regimes, but it is noted that the text produced not by the entire population, but by representatives that made up the national political leadership, although inserting forecasts of the exercise of popular sovereignty has remained directly in the forgetfulness of the political representatives, on the basis of their decisions on social welfare. It is not only legal elements inserted in the Federal Constitution, but also historical-cultural characteristics that demonstrate the gravity of the inertia of the citizens.

Key words

Constitution. Legitimacy. Representative democracy.

Résumé

La recherche à l'écran, utilisant une méthodologie d'analyse qualitative, utilisant des méthodes d'approche hypothétique-déductive de nature descriptive et analytique, adoptant une technique de recherche bibliographique, vise à analyser la crise de légitimité politique vécue dans le scénario national, entrevue principalement après les manifestations qui ont sorti le peuple brésilien de son inertie. L'exposition de certains concepts tels que la société, l'État et ses éléments s'harmonise pour démontrer l'origine de la légitimité de la représentation politique. Le Brésil est un pays historiquement marqué par des crises constitutionnelles, constituant des voies d'évolution démocratique et de régression vers les dictatures. La dernière Charte politique empêche le retour aux régimes autoritaires, mais il est noté que le texte produit non pas par la population tout entière, mais par les représentants qui composent la direction politique nationale, malgré l'insertion de prévisions concernant l'exercice de la souveraineté populaire, est resté dans l'oubli des représentants politiques, sur le fondement de leurs décisions en matière de protection sociale. Ce ne sont pas seulement des éléments juridiques insérés dans la Constitution fédérale, mais aussi des caractéristiques historiques et culturelles qui démontrent le sérieux de l'inertie des citoyens.

Mots clés

Constitution, légitimité, démocratie représentatif.

Das considerações iniciais

A abordagem a temas constitucionais é de relevante interesse social visto tratar-se sempre de previsões legais, princípios e fundamentos que direcionam todo o nosso ordenamento jurídico.

É notório que as manifestações populares não se afastam do direito, pois as pessoas exigiram nas ruas o cumprimento das obrigações legais de seus representantes, portanto, inquietando ou provocando juristas a observarem a legitimidade dos atos.

Independentemente a qual dos três poderes se faça referência, o Estado soberano é uno, ocorrendo a tripartição de poderes de modo a melhorar, facilitar e evoluir a administração do país, propondo então a releitura da atual democracia.

Servindo então como ponto de partida para o presente trabalho sobre a legitimidade da representação democrática diante das manifestações populares de 2013, que mais concretamente visa expor as divergências relacionadas à legitimidade dos representantes democráticos na República Federativa Brasileira.

O objetivo dominante deste trabalho é o de discutir as questões que envolvem a legitimidade dos representantes democráticos perante a Constituição Federal do Brasil de 1988.

Será desdobrado em um crescente demonstrando a evolução histórica do processo de legitimidade política do Brasil, partindo para as modalidades de exercício da soberania popular no regime republicano democrático, incrementando ao documento a definição da democracia representativa e finalmente prosperando para a apresentação das anomalias identificadas no sistema da democracia representativa nacional.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, de modo a demonstrar as diretrizes jurídicas e doutrinárias acerca da temática do trabalho.

Guiando o leitor pela inserção e desenvolvimento da legitimidade política no contexto nacional, o trabalho também traz à tona não somente a representatividade governamental, mas ainda a pluralidade na representação política, sendo está o reconhecimento e aceitação da presença dos representantes de todos os segmentos e interesses populares na Administração Pública.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Voltando a atenção deste documento para o olhar jurídico do problema da (des) lealdade dos representantes políticos ao contrato social de força maior no sistema jurídico nacional.

Seguindo pela exposição e conceituação das formas de realização prática da soberania popular na democracia brasileira, inseridas pela Constituição Federal de 1988 que é um marco na história nacional ao mudar de um estado opressor, regime militar, para um estado democrático representativo conforme a Carta Magna assevera, inserindo por essa o neoconstitucionalismo.

Como resultado a Constituição Federal de 1988 reservou um título para os direitos e garantias fundamentais, sem afastar-se da visão legalista, porém aproximando-se do ideal de se compreender o contexto.

Partindo para o conceito do modelo de democracia adotado no Brasil, diga-se a democracia representativa, esta esclarece que aos governantes é dado o poder de representação do povo, sendo legitimados para o exercício do poder.

Alguns doutrinadores constitucionais defendem que o atual modelo de democracia está ultrapassado, pois a evolução social caminha para o modelo de democracia participativa, esta que seria um modelo de maior intervenção social, ou seja, o legítimo exercício do poder soberano do povo.

Tomando como desfecho a ideia da representação democrática ser o exercício do povo através de representantes é fácil de verificar anomalias junto ao modelo democrático brasileiro estando na existência de institutos jurídicos como a imunidade parlamentar e o foro privilegiado, que foram inseridos pelo poder Constituinte, este apesar de ter havido a participação popular fora concretizado por um pequeno grupo.

Após então a apresentação das aberrações identificadas na democracia representativa nacional, permitirá ao leitor uma reflexão jurídica acerca do “despertar do gigante” e dos problemas entranhados na cultura política do Brasil.

Evolução histórica do processo de legitimidade política

Sociedade

Desde o momento que o homem passou a viver em grupo notou-se a necessidade da existência de uma organização, de modo que garantisse, embora de forma primitiva, a ideia de pacificação social.

Estes grupos passaram a formar então sociedades, que sob uma perspectiva geral será “todo complexo de relações do homem com seus semelhantes”¹.

Karl Marx comprehende a sociedade como um só, sem conceber nenhuma oposição ou distinção entre o indivíduo e a sociedade, trazendo ao indivíduo a característica de um ser social.

Paulo Bonavides afirma que “Na doutrina aristotélica assinala-se, com efeito, o caráter social do homem. A natureza fez do homem o “ser político”, que não pode viver fora da Sociedade.”².

No interior do conceito de sociedade ocorre ainda uma subdivisão desta concepção, trazendo à tona uma noção de sociedade mecânica e orgânica.

A primeira pode ser compreendida como sendo um grupo que compartilham de interesses, princípios, costumes e noções, com uma característica marcante de se não houver aqueles componentes aquela sociedade também não existe, tudo será orientado pelo interesse do indivíduo, muito comum nas sociedades primitivas.

Enquanto que a sociedade orgânica é formada por indivíduos que contribuem para o desenvolvimento do todo, onde a individualidade é mantida

1 PARSONS apud BONAVIDES, 2001, p. 54.

2 BONAVIDES, 2001, p. 55.

mesmo que se conviva em grupo, porém a sociedade em si tem mais valor do que o indivíduo, facilmente compreendida quando se nota a sociedade capitalista, onde todos são diferentes, cada um exercendo sua função, preenchendo seu espaço, convivendo pacificamente cada um com seu interesse e valor, regidos por códigos e regras de conduta, ou seja, pelo direito.

Bonavides esclarece que na sociedade orgânica restando o poder ser de fato dado a cada indivíduo “acabaria gerando o despotismo das multidões”³ findando então a sociedade em um regime ditatorial, trazendo à tona o entendimento de que o indivíduo conhece da autoridade desde o seu nascimento, portanto dela se necessita para que se sobreviva em harmonia com o meio, assim Bonavides instruiu:

Fazem os organicistas a apologia da autoridade. Estimam o social porque vêem na Sociedade o fato permanente, a realidade que sobrevive, a organização superior, o ordenamento que, desfalcado dos indivíduos na sucessão dos tempos, no lento desdobrar das gerações, sempre persiste, nunca desaparece, atravessando o tempo e as idades. Os indivíduos passam, a Sociedade fica.⁴

Sendo o indivíduo o centro da sociedade, esta será continuada pela independência dos homens que a compõem, permitindo a mutação social, ou seja, um indivíduo pode ascender ou declinar perante a sociedade. Destas teorias acerca da sociedade é que se tem a origem da legitimização do poder democrático, que segundo Paulo Bonavides, “a base da sociedade é o assentimento e não o princípio de autoridade”⁵, tornando claro que independentemente do tipo de representação política o Povo é quem, em tese, detém o poder da soberania do Estado.

Após a formação e entendimento do conceito de sociedade, é mister a compreensão da definição do Estado, e os seus elementos, é o que passamos a fazer.

3 BONAVIDES, 2001, p. 56

4 BONAVIDES, 2001, p. 56.

5 BONAVIDES, 2001, p. 58.

Estado

É primordial destacar que a concepção de Estado exposta será a que apresenta conotação e relevância jurídica, dada a vasta lista de correntes teóricas a respeito da origem e formação do Estado, que findam com as mais diversas e divergentes conclusões.

Inicialmente o jusnaturalismo distingua sociedade civil de sociedade natural, sendo aquela primeira sinônima de Estado, importando que este somente surgisse pela necessidade de garantir direitos individuais, que na sociedade natural são comprometidos, pois os conflitos são dirimidos pela autotutela.⁶

Dalmo de Abreu Dallari afirma que o estado em sua concepção de sociedade política foi assim denominado primeiramente por Maquiavel, em sua obra “O Príncipe” em 1513, passando a ser aceito aos poucos durante os séculos XVI e XVII pela comunidade europeia.⁷

Quando então advêm as teorias acerca da origem e constituição do Estado, Dallari reduz a três principais no tocante a origem, sendo:

O Estado como sinônimo de sociedade, devido a integração social do homem, com capacidade de liderar e admitir o poder.⁸

A segunda forma revela a sociedade sem formação de Estado, sendo que este forá constituído para atender os interesses dos grupos sociais.⁹

A terceira, e mais comumente aceita no âmbito jurídico, é a que considera Estado as sociedades políticas, dotadas de soberania, território e povo, elementos que serão tratados um pouco mais adiante.¹⁰

Esta última concepção demonstra compatibilidade com o conceito de Estado sugerido por Hans Kelsen, que afirma ser o Estado um sistema de normas as quais os indivíduos estão sujeitos a elas, ainda que antagônicas a vontade de cada ser.¹¹

6 BOBBIO & MATTEUCCI & PASQUINO, 2004, p. 1206.

7 DALLARI, Dalmo de Abreu. 2011, p. 59

8 DALLARI, 2011, p. 60.

9 DALLARI, 2011, p. 60.

10 DALLARI, 2011, p. 60.

11 KELSEN, 2005, p. 273.

Ainda existem as teorias não contratualistas, porém por se aterem ao fator econômico não serão tratadas neste documento.

Para compreender o Estado Moderno e como ele concebeu sua atual formação, é imprescindível que se faça uma remissão à história da sociedade ocidental. Iniciando, portanto pelo Estado na Antiguidade.

O Estado Antigo é a mais remota forma de Estado, trata-se de uma época em que o Estado se confundia com a organização econômica¹² e fundamentava-se no fator religioso.

Ainda a respeito do Estado Antigo, Paulo Bonavides o resume como:

[...] O Estado Antigo: numa extremidade a força bruta das tiranias imperiais típicas do Oriente; noutra, a onipotência consuetudinária do Direito ao fazer suprema, em certa maneira, a vontade do corpo social, qualitativamente cifrado na ética teológica da *pólis* grega ou no zelo sagrado da coisa pública, a *res publica* das *civitas* romana.¹³

Apesar da não limitação ou definição clara e concreta dos elementos do Estado o momento não fora obscuro a evolução social.

Do Estado Antigo seguimos para o Estado na Idade Média, momento histórico de notória descentralização do poder, pois no mundo medieval prevaleceu a organização feudal, desconstituindo a organização governamental da Antiguidade e integrando o Poder a cada feudo¹⁴, ou melhor, a cada senhor feudal.

A respeito do Estado na Idade Média, Dallari afirma que:

Formalmente, a unidade política superior é o Império, sem que haja, na prática, uma autoridade e uma ordem correspondentes. A luta entre o Papa e o Imperador, que marcaria os últimos séculos da Idade Média, só vai terminar com o nascimento do Estado Moderno, quando se afirma a supremacia absoluta dos monarcas na ordem temporal.¹⁵

12 KELSEN, 2005, p. 70.

13 BONAVIDES, 2008, p. 32.

14 BONAVIDES, 2008, p.32.

15 DALLARI, 2011, p. 74.

Visto a colocação de Dallari é público e sabido a força do Cristianismo na era medieval, e apesar de toda descentralização de organização jurídica-política é o Cristianismo que inspira a unidade do poder, com implícitos anseios políticos dominadores por aqueles que constituíam a igreja.

As mais diversas ordens jurídicas ditadas por cada senhor feudal, as invasões e guerras interiores, tornaram-se barreiras ao desenvolvimento do comércio, favorecendo ideais que logo passaram a caracterizar o Estado Moderno.

A respeito do Estado Medieval Bonavides é menos brando, compreendendo que o Estado, no sentido atual, teve seu poder e elementos enfraquecidos pela organização feudal.¹⁶

Dallari ainda esclarece que vivenciar a descentralização de poder do Estado Medieval, favoreceu a conscientização para aceitação e criação da unidade do Estado. O Estado Moderno manifestou-se então pelo reconhecimento de um poder soberano, admitindo a hierarquia daquele poder perante os demais, em determinada delimitação territorial.¹⁷

A soberania é tratada por Bonavides como fundamento do Estado Moderno, como autoridade legitimada a um governante, monarca, príncipe, ou qualquer outro indivíduo a quem seja dado o poder, a qual todos se sujeitam¹⁸.

Tratando-se então dos elementos constitutivos do Estado Moderno, são divergentes as teorias acerca da quantidade e definição dos elementos, porém os quatro mais comuns são identificados por Dallari, sendo: a soberania, o território, o povo e a finalidade.

A soberania permanece conforme a ideia já exposta, de ser o poder supremo, aquele a qual os indivíduos que estão em determinado território estão submetidos, e no âmbito internacional entendida como “capacidade de entrar em relações com os demais Estados”¹⁹, assim prevista na Convenção Pan-americana sobre Direitos e Deveres dos Estados²⁰.

16 BONAVIDES, 2008, p.32.

17 DALLARI, 2011, p.78.

18 BONAVIDES, 2008, p. 33.

19 Art. 1º, d, Convenção Pan-americana sobre Direitos e Deveres dos Estados. Disponível em < http://orange.grupobarman.com/diplomacia/diplorange/convencao_1933.htm > acesso em 03/2014.

20 O Brasil é signatário da Convenção Pan-americana sobre Direitos e Deveres dos Estados, assinadas em Montevidéu, em 26 de dezembro de 1933, pela promulgação do Decreto nº 1.570, de 13 de abril de 1937.

Miguel Reale conceitua a soberania como “o poder que tem uma Nação de organizar-se livremente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões para a realização do bem comum”²¹, reafirmando a existência de uma determinada hierarquia a qual os indivíduos submetem-se.

Atualmente a soberania tem sido conceituada como sinônimo de independência de determinados Estados perante a qualquer potência estrangeira, assim afirma Dallari, buscando então uma autonomia sobre seu território, baseando-se no respeito como regra de convivência com a sociedade internacional.²²

O segundo elemento constitutivo do Estado é o território que segundo Hans Kelsen “nada mais é que a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamada Estado”²³, ou seja, o território não obrigatoriamente deve ser continuo, exige-se que o respeito a ordem seja definido por um Estado preciso.

Ainda a respeito do território Dallari explica que este vem a delimitar a “ação soberana do Estado”²⁴, ou seja, validando no seu território a ordem jurídica como suprema, a qual qualquer norma jurídica exterior estará sujeita a prévia avaliação antes de sua aceitação ao ordenamento jurídico.

Integra ainda o Estado o elemento Povo, que para alguns autores é sinônimo de população ou nação, porém Dallari afirma que existem diferenças²⁵, caracterizando o uso genérico uma forma errônea de referir-se ao Povo como elemento constitutivo do Estado.

Kelsen define o povo de modo simples, como sendo a esfera pessoal de validade da ordem jurídica, considerando ser o povo uma unidade no Estado.²⁶ Dallari conceitua o povo como:

21 REALE, 2000, p. 140.

22 DALLARI, 2011, p. 90.

23 KELSEN, 1998, p. 300.

24 DALLARI, 2011, p. 95.

25 Considera-se por população “mera expressão numérica, demográfica, ou econômica, segundo Marcello Caetano, que abrange o conjunto das pessoas que vivem no território de um Estado ou mesmo que se acham nele temporariamente.” Nação: expressão usada inicialmente para indicar origem comum, ou comunidade de nascimento do indivíduo. (DALLARI, 2011, pág. 100-101). Para Miguel Reale, a nação é formada por múltiplos fatores objetivos, culturais e históricos que formam a comunhão dos homens de um mesmo território. (REALE, 2000, ps 133-134).

26 KELSEN, 1998, p. 334.

O conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.²⁷

Permanecendo com a ideia de unidade explanada por Kelsen, porém sendo um elemento ativo mesmo após a constituição e reconhecimento da soberania do Estado.

Por fim, o elemento finalidade que se demonstra de forma controversa por não ser unânime entre os autores, mas se expõe no fato que o Estado deve buscar seus objetivos de modo a proporcionar aos indivíduos que alcancem seus propósitos, “o bem comum de certo povo, situado em determinado território”²⁸ esclareceu Dallari.

Com todos os elementos constitutivos do Estado delineados é notória a presença de uma autoridade que representa o Estado, o Povo como estado, um superior que direciona e governa de modo a atingir a finalidade do bem comum, que representa o Estado para a comunidade política internacional, porém o exercício dessa representatividade não se dá de forma livre e espontânea, geralmente existe um documento jurídico que garante a legitimidade desses atos.

Caracterização da constituição federal como documento jurídico

Como elemento constitutivo do Estado destacou-se a soberania, o poder supremo ao qual todas as pessoas estão sujeitas, e com o surgimento do Estado Moderno notou-se o que se denomina de constitucionalismo, que não se trata apenas de garantir a liberdade dos indivíduos, mas de um princípio mantenedor dos limites do governo imprescindível à garantia dos direitos.²⁹

Para André Ramos Tavares o constitucionalismo tem seu aspecto jurídico revelado “pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição”³⁰, um documento legítimo e que expõe a força e soberania do Estado como figura

27 DALLARI, 2011, p. 104.

28 DALLARI, 2011, p. 112.

29 CANOTILHO, 2003, p. 51.

30 TAVARES, 2010, p. 25.

despersonalizada de modo a impedir que se governe por atos de vontades pessoais.

No Constitucionalismo moderno fica nítida a ideia de que o documento garantidor se denomina Constituição, pois esta, segundo Canotilho, já fora um documento formado por “um conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político social”³¹.

A doutrina esclarece ainda que a modernidade trouxe a peculiaridade de serem as Constituições escritas³², onde, conforme assevera Canotilho, estão inseridas “as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”³³.

Tornando nítido que na era do Constitucionalismo moderno existe um documento de força superior que rege, direciona e ordena todo o ordenamento jurídico de um Estado.

André Ramos Tavares esclarece que no surgimento do constitucionalismo, no século XIX o conceito atrelado a constituição fora o ideológico político-liberal³⁴, diante do quadro histórico de poderosos governantes que exploraram o povo, e nada-lhes devolveu até suas conhecidas manifestações históricas.

As revoluções na França permitiram a formação de uma Constituição, baseando-se na individualidade dos homens, porém em sua igualdade de direitos, rompendo toda e qualquer ligação com o antigo regime, de modo a almejar uma nova ordem social.

A vontade de estabelecer uma nova ordem reflete então acerca da legitimação do poder político³⁵. A fundação de um novo modelo político social passou a depender de uma espécie de contrato social, de modo a assegurar a liberdade individual bem como o funcionamento da ordem política, é quando surge ainda na França o poder constituinte.³⁶

31 WILLOWEIT apud CANOTILHO, 2003, p. 53.

32 LASSALLE apud BONAVIDES, 2013, p. 85.

33 CANOTILHO, 2003, p. 52.

34 TAVARES, 2010, p. 85.

35 CANOTILHO, 2003, p. 57.

36 CANOTILHO, 2003, p. 58.

A nova forma de poder difundida pelas ideias revolucionárias iluministas ocasionam a teoria da legitimidade do poder, que segundo Bonavides apresentou-se compreendida “nos conceitos de soberania nacional e soberania popular”³⁷, proporcionando o surgimento da teoria do poder constituinte.

O poder constituinte segundo André Ramos Tavares é o soberano que dita a ordem jurídica constante da Carta Magna³⁸, Canotilho complementa a esta ideia anuncianto que o poder constituinte revela em si uma força apta a originar uma Constituição³⁹. Paulo Bonavides esclarece que o poder constituinte sempre existiu dado que as sociedades sempre atuaram de modo a se organizarem baseando-se em seus fundamentos, a diferença está na teoria do poder constituinte, que surge ao final do século XVIII⁴⁰.

Da teoria compreende-se então o surgimento do poder constituinte nacional, que Bonavides o descreve como “a soberania a serviço do sistema representativo”⁴¹, diante do poder constituinte e da teoria deste surge então a constituição, como documento que rege todo um Estado, buscando de forma democrática a “autodeterminação e auto-organização de uma coletividade”⁴².

Diante do poder constituinte e da Constituição por ele elaborada é concebível a ideia de que a Carta Magna terá como fundamento o exercício da soberania popular, quando então se insere a participação do povo no Estado, direta ou indiretamente.

37 BONAVIDES, 2013, p. 147.

38 TAVARES, 2010, p 51.

39 CANOTILHO, 2003, p. 65.

40 BONAVIDES, 2013, p. 148.

41 BONAVIDES, 2013, p. 149.

42 CANOTILHO, 2003, p. 67.

Exercício da soberania popular no regime republicano do Brasil

Formas de governo

Diversas são as formas de governo classificadas na história, o critério mais utilizado e que expõe as classificações mais aceitas é o do número de titulares do poder soberano⁴³.

Kelsen é direto em afirmar que o governo de um só é uma monarquia⁴⁴, Bonavides se firmando no conceito de Aristóteles complementa que se trata de pretensão do sistema monárquico a atribuição de poder a uma única pessoa⁴⁵.

Aristóteles assenta que a monarquia é o poder conferido a um só, referenciando ao exercício e comando de um pai de família que em sua casa tudo governa⁴⁶.

A característica a que se faz referência demonstra ainda que quando o governo pertence a diversas pessoas, intitula-se de república, Kelsen segue a linha de entendimento de Maquiavel, quando divide a forma republicana em aristocracia ou uma democracia⁴⁷

A primeira sendo o governo de poucos, porém de um número plural, o que diferencia da monarquia⁴⁸, ainda sobre a aristocracia Aristóteles expõe o pensamento de ser o regime dos bons, onde somente aos virtuosos é conferido o poder soberano do Estado⁴⁹.

A segunda forma em número maior de governantes é exercida pela representação de um povo livre, onde os sujeitos reconhecem a existência e prevalência do princípio democrático no Estado⁵⁰.

43 BONAVIDES, 2001, p. 192 -193.

44 KELSEN, 1998, p. 405.

45 BONAVIDES, 2001, p. 193.

46 ARISTÓTELES, 2006, p.112

47 KELSEN, 1998, p. 405; MAQUIAVEL apud BONAVIDES, 1998, p. 195.

48 KELSEN, 2000, p. 406 e 407.

49 ARISTÓTELES, 2006, p. 112 e 113.

50 KELSEN, 2000, p. 406 e 407.

A república é por Aristóteles definida como uma fusão de regimes falhos, que permite extrair o que houver de melhor em cada um, havendo a combinação “dos pobres com os ricos”⁵¹.

No direito eleitoral, a doutrina de José Jairo Gomes assevera ser república a forma de governo onde os governantes são eleitos, permanecendo no exercício do poder por tempo determinado (temporalidade), o que induz a alternância do poder, pois deve haver vedação a reeleições contínuas que favoreçam qualquer ofensa aos fundamentos da república⁵²

O Brasil adotou a forma de governo republicana democrática conforme faz prova a Constituição Federal desde o seu preâmbulo quando o poder constituinte declara ser representante do povo brasileiro para instituir o Estado Democrático, sendo tal forma reafirmada no caput do artigo 1º do Supremo Texto Constitucional⁵³, assegurando, portanto, a participação dos cidadãos, na formação do Estado.⁵⁴

A garantia constitucional de obediência ao princípio republicano encontra-se também no artigo 82 da Constituição Federal de 1988, que rege sobre o tempo de mandato do Presidente da República, ou seja, do chefe do poder executivo. Observando-se a mesma referência temporal para as funções de chefia do poder executivo a nível estadual e municipal, bem como as funções legislativas, com exceção ao cargo de Senador, cujo mandato é de oito anos⁵⁵.

51 ARISTÓTELES, 2006, p. 115.

52 Fundamentos da república, conforme José Jairo Gomes são “a eletividade, a temporalidade e a alternância de pessoas no comando do Estado.” (GOMES, 2010, p. 37).

53 Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

(...)

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (Constituição Federal de 1988)

54 GOMES, 2010, p. 36.

55 Previsões constitucionais a respeito dos cargos do executivo e legislativo.

Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, (...) – Constituição Federal de 1988.

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, (...)

I - eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País; -

Diante da temporalidade dos cargos, característica fundamental da república, é necessária a participação da população na escolha dos governantes, tal poder é comumente conhecido como soberania popular, segue-se então sobre.

Soberania popular: conceito e exercício.

Neste momento o termo soberania como elemento constitutivo do Estado será um pouco afastado, sendo oportuno evocar agora o termo soberania popular, que no Brasil encontra seu fundamento jurídico na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, parágrafo único⁵⁶, e sua forma de exercício apresentada no artigo 14, caput, do mesmo diploma⁵⁷.

O poder soberano do Estado democrático emana do povo, seja ele exercido diretamente ou por meio de representantes, assim leciona José Jairo Gomes⁵⁸. Compatível a esta ideia Dallari afirma que o fundamento da soberania popular é requisito do Estado Democrático, o que garante ao povo o “autogoverno”⁵⁹, exercido quando pelo voto⁶⁰.

A respeito da soberania popular Fávila Ribeiro preconiza que o exercício dessa somente ocorre quando da realização do sufrágio nacional⁶¹. Assim também comprehende Erick Wilson Pereira quando exprime “só existirá plenitude da soberania popular com a preservação da igualdade e da liberdade quando do exercício do sufrágio.”⁶²

Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa (...)

§ 1º - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, (...)

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

§ 1º - Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

56 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

57 Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

58 GOMES, 2010, p. 37.

59 DALLARI, 2010, p. 183.

60 DALLARI, 2010, p. 183.

61 RIBEIRO, 1996, p. 347.

62 PEREIRA, 2010, p. 155.

Por ser requisito do Estado democrático e fundamento da Constituição Federal vigente a prática do sufrágio se mostra essencial a garantia da liberdade política presente no estado social. No Brasil o artigo 14 da Carta Magna utiliza as expressões sufrágio universal e voto para caracterizar como se dará o exercício da soberania popular.

Como sufrágio universal José Jairo Gomes explica ser “o direito de votar e de ser votado”⁶³, garantindo que a soberania popular seja efetivada e o poder permaneça com o povo, por universal, entende-se que o Estado busca assegurar o direito de exercício do voto ao maior número de cidadãos⁶⁴.

André Ramos Tavares preconiza que o sufrágio é característica dos Estados republicanos democrático, que o exercem por meio do voto, fundamentando a diferença entre voto e sufrágio ao citar Kelsen com a ideia do sufrágio ser a permissão ao voto.⁶⁵

No que tange ao voto, como exercício do sufrágio, José Jairo Gomes define-o como o ato de escolha dos representantes políticos pelo povo, tratando-se de um direito, porém é também um dever, pois o contrato social do estado democrático é mister a participação da população⁶⁶.

No Brasil, o voto é direto, o que implica definir que o cidadão elege diretamente os governantes, sem interferências de outros. Ademais o voto também é secreto, no sentido literal da palavra, pois o voto não pode ser revelado pela Justiça Eleitoral de forma a identificar o eleitor⁶⁷.

O artigo 14 da Constituição Federal expressa ainda as formas do exercício pelo plebiscito, referendo e iniciativa popular, com execução regulamentada pela lei nº 9.709 de 18 de novembro de 1998.

O plebiscito e o referendo são formas de participação direta do povo, detentor da soberania, sobre matérias relevantes à Nação, podendo ser de ordem constitucional, administrativa ou legislativa. A única diferença encontra-se no fato do plebiscito ocorrer antes do ato em questão, e o referendo ser realizado posterior de modo que a população somente aprova ou reaprova a proposta.

63 GOMES, 2010, p. 39.

64 GOMES, 2010, p. 40.

65 TAVARES, 2010, p. 807.

66 GOMES, 2010, p. 43.

67 GOMES, 2010, p. 44.

A convocação de um referendo ou plebiscito se dá por um decreto legislativo, quando proposto por no mínimo um terço dos componentes das Casas do Congresso Nacional. Quando a matéria em questão for um dos casos do § 3º do artigo 18 da Constituição Federal _ incorporação, subdivisão ou desmembramento dos Estados _ a lei regulamenta que por existir o interesse direto da população ocorrerá então o plebiscito, bem como necessitará da aprovação do Congresso Nacional, via lei complementar.

Quando da convocação, deverá o presidente do Congresso Nacional comunicar a justiça eleitoral, para que esta possa realizar o procedimento pertinente às eleições com lisura e idoneidade, bem como garantir a maior participação dos cidadãos. A aprovação do plebiscito ou referendo se consolidará por maioria simples, com sua homologação pelo Tribunal Superior Eleitoral (TST), seguindo para o Congresso Nacional onde obedecerá aos trâmites comum do regimento comum da casa.

No que tange à iniciativa popular, no artigo 13 e seguintes da lei 9.709/98, prevê que a população encaminhe a Câmara dos Deputados um projeto de lei, estabelecendo os requisitos de participação de no mínimo um por cento do eleitorado nacional, distribuídos por cinco Estados, e mínimo de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

É evidente que na teoria, e nas belas palavras da Constituição e da legislação ordinária a soberania popular no Brasil constitucional é o direito máximo no Estado Democrático, porém o que se nota na realidade brasileira é uma tentativa de muitos representantes políticos induzirem a população a aceitar os seus atos de forma inquestionável, sobrepondo seus interesses particulares ao interesse público.

A seguir serão demonstradas algumas formas, legítimas, de ação da população quando dos atos impróprios dos representantes políticos.

Legitimidade de ação perante a ilegitimidade dos atos dos representantes políticos

Os atos de improbidade administrativa dos políticos no Brasil destacam-se a cada dia mais na imprensa e nas redes sociais, no ano de 2013 muitos cidadãos foram às ruas com cartazes, faixas e vontade de lembrar aos governantes que “Todo poder emana do povo” (art.1º, parágrafo único da Constituição), diante

dessa realidade e após conceituar a soberania e seu exercício este documento demonstrará agora as formas legítimas de reação da população para com os políticos que se desvirtuam da sua função maior de representar a população, Raul Pilla ao ser mencionado por Brossard afirma que “governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo menos democrático”⁶⁸.

Uma das formas de ação legítima e legal para o comportamento indevido dos políticos é a propositura de ação de *impeachment*, prevista na legislação brasileira pela Lei Nº 1.079 de 1950, que define os crimes de responsabilidade e descreve a forma do processo, disposto na Constituição de 1988 nos artigos 85 e 86, que estabelecem a necessidade de lei ordinária para processar e julgar crimes de responsabilidade.

Aliada a lei dos crimes de responsabilidade, o ordenamento jurídico brasileiro prevê ainda a Lei nº 8.429 de 1992, conhecida como a lei da improbidade administrativa, que institui sanções para feitos como enriquecimento ilícito, atos que atentem contra os princípios da administração pública, bem como os atos que violem o erário público. Ademais a lei enquadra que qualquer agente público, seja servidor ou não, estará sujeito a imputação legal, sem afastar a sujeição dos responsáveis no âmbito penal se assim a legislação prevê.

A acusação de improbidade administrativa pode ser representada por qualquer pessoa, identificando-se o representante, descrição do fato e indicação de quem o cometeu, bem como indicador de provas do ato improbado. O tema é vasto, genérico e consagra muitas discussões, porém este documento se aterá ao exercício regular da soberania popular pelo *impeachment*.

Historicamente o *impeachment* surgiu na Inglaterra onde a Câmara dos Comuns apresentava as acusações contra os Ministros do Rei, que eram julgados pela Câmara dos Lordes⁶⁹ com liberdade de aplicação de penas ao político e ao homem⁷⁰.

68 PILLA apud BROSSARD, 1992, p. 03.

69 FAVER, Marcus. **Considerações sobre origem e natureza do impeachment.** Disponível em <http://www.tjri.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b4d02b0b-cf66-47e8-8135-5271575f09db&groupId=10136>. Acesso em 03/2014.

70 BROSSARD, 1992, p. 22.

Porém segundo Brossard o instituto na Inglaterra passou por momentos de inconstância e até mesmo de letargia, quando da era do *bill of attainder*⁷¹ propiciando então o ressurgir do impeachment com vigor⁷². Fora a ele recorrido quando dos casos de ofensa à Constituição, mesmo que as previsões legais não definissem o crime em específico, mas de forma geral, permanecendo aos Lordes a cominação da pena.

O *impeachment* inglês apresentava originariamente natureza penal de modo a punir o indivíduo que fosse reclamado pelo clamor público, com características de natureza política, buscando afastar aquele que ofende o Estado. Com a volta do uso do *impeachment* este passou a apresentar natureza apenas política, com punições de perdas e destituições de cargos e direitos políticos.⁷³

Nos Estados Unidos da América o *impeachment* foi racionalizado, de modo que desde sua origem cunhou apenas características políticas, doutrinadores afirmam que isso ocorreu por ser notável a experiência inglesa. Portanto nos Estados Unidos o instituto atingia apenas a autoridade, de modo a afastá-lo do cargo, podendo a justiça julgar os crimes afastada a natureza política do processo⁷⁴.

Ao analisar o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade no Brasil é notória a semelhança com o *impeachment* americano, não restando dúvidas da inspiração brasileira. Paulo Brossard descreve o *impeachment* no Brasil:

Segundo a Constituição de 1988, o impeachment do Presidente da República, por crimes de responsabilidade, se desenrola no Senado, desde sua instauração até o julgamento final; mas o Senado não pode instaurá-lo, senão depois de autorizado, pelo voto de dois terços da Câmara dos Deputados; sem a autorização não pode encetá-lo, e uma vez autorizado não pode deixar de instaurá-lo; instaurado o processo, o Presidente é suspenso do cargo, que passa a ser exercido por seu substituto legal; se em cento e oitenta

71 As pessoas eram condenadas por crimes sem que houvesse o processo, sendo apenas imputadas as penas.

72 BROSSARD, 1992, p. 27.

73 GÓES, Mauricio Silva de. **Impeachment Inglês**. Disponível em <<http://www.fmr.edu.br/npi/046.pdf>>. Acesso em 03/2014.

74 STORY, apud FAVER, Marcus. Considerações sobre origem e natureza do impeachment. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b4d02b0b-cf66-47e8-8135-5271575f09db&groupId=10136>. Acesso em 03/2014.

dias, porém, a decisão definitiva não houver sido prolatada, o processo continua regularmente, mas a autoridade afastada retoma o exercício de suas funções, até o julgamento, para ser absolvida ou condenada, se nesse sentido for o voto de dois terços do Senado, cuja decisão é irrecorrível; uma vez condenado, fica inabilitado para exercer qualquer função pública por oito anos; a sanção política aplicada pelo Senado não exclui outras sanções, aplicáveis pelo Poder Judiciário, nos termos da lei.⁷⁵

A descrição de Brossard se atém aos escritos da legislação, de forma objetiva, demonstrando que apesar de nome distinto daquele americano o Brasil adotou o impeachment com natureza apenas política, isso não significa que os condenados não responderão por seus atos na justiça, se assim for previsto ocorrerá à atuação do poder judiciário.

No Brasil conforme prevê a Lei nº 1.079 de 1950, qualquer pessoa pode propor a ação de *impeachment*, cabendo à Câmara dos Deputados aceitar ou não a denúncia.

A possibilidade de aplicação do *impeachment* para Paulo de Figueiredo é algo essencial ao regime presidencialista, de modo a banir qualquer golpe, atentado ou irresponsabilidade dos representantes do povo contra a soberania popular e o Estado.⁷⁶

A brasileiro além do instituto do *impeachment* o exercício de sua soberania pode e deve ser exercido de modo menos complexo, e podemos pensar menos gravoso e prejudicial ao país, pois ocorre antes mesmo da permissão de acesso ao poder por aqueles maus representantes, remeta-se então a escolha popular.

A escolha dos governantes deve ser algo racional, de modo que os cidadãos pesquisem de fato a vida política de cada candidato, permitindo o acesso às informações que possam transparecer a conduta pregressa daqueles que almejam representar o povo, diminuindo o risco de entregar o poder a políticos que sobreponham seus interesses aos do povo.

Neste capítulo fora demonstrado o conceito de soberania popular, esta exercida em uma democracia, no Brasil o tipo de democracia característico é

75 BROSSARD, 1992, p. 7

76 FIGUEIREDO, 1965, p. 1.

o representativo, conceituando no próximo capítulo do presente documento, inserindo informações relevantes ao ponto cerne deste trabalho.

Democracia representativa – Viabilização da soberania popular e anomalias

Democracia: conceito e tipos

A participação do povo no poder do Estado caracteriza a democracia. Originada na Grécia, é apontada como poder do povo. Diante da evolução histórica política e social da humanidade, acrescentaram-se ao termo democracia pressupostos e ideais a sua essência, que revelam o desenvolvimento sócio – político das nações⁷⁷.

A forma democrática de ser Estado ainda é característica marcante nos povos ocidentais, restando inclusive - a democracia - haver sido inserida ao rol dos direitos humanos, no artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e no artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966⁷⁸.

Kelsen atribui à democracia a ideia de liberdade negativa, alegando que está em seu sentido estrito somente seria possível em um estado natural. No estado social a libertação passa a ser política, regendo-se por uma ordem social que na democracia é formada pela vontade da maioria, a autonomia está no fato da ordem social ser elaborada pelos indivíduos da sociedade, atribuindo-lhes autonomia de ser Estado e assim garantir o exercício da liberdade⁷⁹.

A saber, José Afonso da Silva, imputa ao termo democracia uma relevante carga histórica em seu conceito, com a característica mestre de ser um regime político exercido, direta ou indiretamente, pelo povo, demonstrando que a razão de ser Estado democrático está na soberania popular⁸⁰. Lincoln fora bem citado pelo autor conceituando que a democracia “é governo do povo, pelo

77 O termo “nações” aqui usado no sentido de Estado soberano.

78 GOMES, 2010, p. 29

79 KELSEN, 1998, p. 407 e 408.

80 SILVA, 2013, p. 128

povo e para o povo”⁸¹, externando em breves palavras um conceito amplo e correto.

Na doutrina constata-se uma subdivisão da democracia, em direta, indireta e a semidireta⁸².

A democracia direta ocorre quando o poder é exercido diretamente pelo povo, onde todas as questões do Estado são submetidas ao crivo dos cidadãos. Originada na Grécia, o direito de participar da vida política das cidades era concedido somente aos cidadãos, sendo estes os homens livres, que se reuniam na *Àgora*⁸³, e então deliberavam sobre questões legislativas, executivas e judiciais⁸⁴.

Na forma direta a participação efetiva dos cidadãos nos três poderes exige dedicação, o que na Grécia clássica era possível visto que os homens livres não se preocupavam com outras questões se não os referentes ao Estado, pois os escravos eram encarregados das demais necessidades da sociedade⁸⁵.

Para Bobbio a democracia direta é a participação dos cidadãos no poder sem intermediários⁸⁶, Paulo Sérgio Novais de Macedo acrescenta “refere-se ao sistema político em que os cidadãos decidem, de forma direta, cada assunto, por meio do voto”⁸⁷.

Kelsen leciona que a democracia direta é exercida em assembleia popular, sendo viável em comunidades ou pequenas cidades, que não apresentem problemas complexos em sua formação sócio política⁸⁸.

A segunda forma de democracia é a indireta, ou representativa, na qual é reconhecido que o poder soberano é do povo, porém o governo é exercido por representantes eleitos periodicamente pelos cidadãos⁸⁹.

81 LINCOLN apud SILVA, 2013, p. 128.

82 SILVA, 2013, p. 128.

83 Espécie de praça pública destinada a reuniões para discussões da vida pública.

84 BONAVIDES, 2001, p. 268.

85 BONAVIDES, 2001, p. 268.

86 BOBBIO apud LYRA, 1998.

87 MACEDO, 2008.

88 KELSEN, Hans, 1998, p. 412.

89 SILVA, 2013, p. 138.

A democracia representativa implica na existência de diversos institutos da representação, como o sufrágio universal, as eleições, os partidos políticos e mandatos eletivos, o ápice da participação do povo nesta forma democrática se dá nas eleições, quando ocorre então a escolha e reconhecimento dos representantes do povo.⁹⁰

José Afonso da Silva leciona que a forma de representação ocorre em face da inviabilidade do cidadão gerir diretamente todos os assuntos do Estado, por fatores que iniciam da extensão territorial a complexidade dos assuntos sociais, e de forma representativa o povo permanece detentor do poder outorgando o poder aos representantes por períodos determinados⁹¹.

A democracia representativa perfaz o caminho em que nem todo cidadão é político, ou seja, nem todos se interessam, ou mesmo estão aptos a decidir as questões do Estado. No Estado, decisões tomadas pelo clamor público podem ensejar problemas maiores, ou mesmo ser o povo impressionado por figuras carismáticas que o induzirão a acreditar em falsas promessas.⁹²

Na teoria da forma representativa da democracia os representantes do povo são pessoas que detenham os conhecimentos necessários a conduzir a administração do Estado⁹³, e que segundo Kelsen deve haver uma garantia jurídica de que o representante terá suas decisões de acordo com a vontade do povo⁹⁴.

No Brasil constata-se que a irresponsabilidade de tantos representantes e a permanência destes no poder – por encontrarem nos aliados formas de mascarar uma mudança dos representantes, fazendo chegar ao cargo familiares – ensejou a participação de figuras hilárias no cenário político nacional, seja de semianalfabeto a funkeiras, e até servidores fantasma, demonstrando assim a não tecnicidade de quem detém o poder.

No que tange a democracia semidireta, denominada por alguns doutrinadores também de participativa⁹⁵, reúnem-se elementos da democracia

90 MACEDO, 2008.

91 SILVA, 2013, p. 138.

92 MACEDO, 2008.

93 MACEDO, 2008.

94 KELSEN, 1998, p. 414.

95 Discute-se a aceitação do termo participativa como sinônima de semidireta, pois a semidireta seria então uma fusão de institutos de dois tipos democráticos – a direta e indireta –, enquanto

representativa, e somam-se alguns institutos da democracia direta, que efetivam a participação do povo em determinadas decisões em assunto relevantes do Estado⁹⁶.

O Diário do Senado Federal define a democracia semidireta como a democracia representativa coexistindo com elementos da direta. Trata-se esta democracia de um misto entre a forma direta e a indireta, assim o diz Bonavides, ressaltando que neste regime democrático é possível ao governo criar instituições que teriam a participação do povo e dos seus representantes, os governantes.⁹⁷

No Brasil, a Constituição Federal prevê em seu artigo 1º que o poder do povo será exercido por meio de representantes ou diretamente, fazendo-se entender a presença de elementos da democracia representativa bem como da democracia direta⁹⁸.

José Afonso da Silva instrui que o Brasil, segundo a Constituição Federal, combinou elementos da democracia direta e indireta, regidos pelos artigos 14 a 17 da referida Carta Magna. O renomado autor explica que a democracia brasileira não é participativa, em seu sentido atual de participação efetiva dos cidadãos, afirmando que “a eleição consubstancia o princípio representativo, segundo o qual o eleito pratica atos em nome do povo”⁹⁹.

Cabendo ao artigo 14 da Carta Magna inserir as formas de exercício da soberania popular, ou seja, as formas de participação direta do cidadão na administração pública, tomando não apenas o voto como fundamento legal da democracia, mas também os meios constitucionais de referendo, plebiscito e iniciativa popular¹⁰⁰, anteriormente descritos neste documento.

que o conceito de democracia participativa vai além, abrangendo os institutos da democracia semidireta, e incluindo a participação dos indivíduos em todas as formas de legitimação do poder e atuação do povo. (MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. **Democracia Participativa na Constituição Brasileira**. Revista de informação legislativa, v.45, nº 178, p. 181-193, abr./ jun. de 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176529>>. Acesso em 04/2014).

96 SILVA, 2013, p. 13

97 BONAVIDES, 2001, p. 274 e 275.

98 Cf. art. 1º **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/2014.

99 SILVA, 2013, p. 143

100 Cf. art. 14 **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/2014; MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. **Democracia Participativa na Constituição Brasileira**.

Apesar de devidamente reguladas as formas de participação direta do cidadão brasileiro, os institutos recebem diversas críticas dos mais renomados doutrinadores pelo pouco, ou não uso, destes pelos legisladores nacionais, diante deste cenário Paulo Bonavides expõe severa crítica a lei 9.709/98, por não constar nela todas as matérias que deveriam estar sujeitas a participação do povo, causando então “ofensa ao princípio da legitimidade”¹⁰¹.

Crise de legitimidade

A legitimidade do poder concedida pelo povo aos representantes encontra fundamento na Constituição, desde seu preâmbulo, quando consta que o texto constitucional foi elaborado por representantes do povo¹⁰², e os indivíduos então reconhecem tal representatividade.

O conceito de legitimidade vem então justificar o poder, confundindo-se com legalidade por estar reconhecido na carta magna, mas para José Afonso da Silva o conceito de legalidade e legitimidade, no Brasil, não se confundem, atribuindo a legalidade não somente a obediência à forma da lei, mas respeito aos princípios contidos na Carta Política¹⁰³. No que tange a legitimidade, Ricardo Duarte Junior, leciona que “a legitimidade é conferida quando a lei, e outras espécies normativas, estão de acordo com a norma fundamental”¹⁰⁴.

José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que “o poder do Estado é legítimo quando é aceito pelos destinatários das normas jurídicas¹⁰⁵”, a Constituição Federal rege a todos os indivíduos, sejam governados ou governantes.

Atribuindo à legitimidade a ideia de obediência ao poder, onde devem os cidadãos e os seus representantes ser regidos e reconhecerem poder da

Revista de informação legislativa, v.45, nº 178, p. 181-193, abr./jun. de 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176529>>. Acesso em 04/2014.

101 BONAVIDES, 2003, p. 108.

102 Cf. preâmbulo da **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/2014.

103 SILVA, 2013, p. 426.

104 DUARTE JUNIOR, 2013.

105 BARACHO, 1985. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181611>>. Acesso em 04/2014.

norma maior vigente, fazendo-se necessário que o Estado se mostre eficaz no cumprimento da lei e na exigência de se fazer cumprir¹⁰⁶.

Danielle S. Dias, ilustra que o poder político democrático legitimado deve manifestar não somente a letra da lei, mas deve incluir os valores da comunidade em seus atos, vez que o Estado representa o maior poder legitimado, pois os governados demonstram o respeito, ainda que de forma institucional¹⁰⁷.

O Magno Texto Republicano insere a participação direta do povo na democracia, porém as críticas ao regime democrático no Brasil encontram-se aí centrado, visto que a forma representativa se sobressai a participação direta dos indivíduos, o que se nota é uma manobra dos representantes políticos em afastar o cidadão dos assuntos do Estado.

Bonavides doutrina a respeito da evolução constitucional do Brasil asseverando que a Constituição de 1988 é a melhor das Constituições brasileiras, comentando ainda que “onde ela mais avança é onde o Governo mais intenta retrogradá-la”¹⁰⁸.

A primeira constituição do Brasil datada de 1824 estabelecia quatro poderes, sendo o executivo, o legislativo, o judiciário e o poder moderador, sendo o primeiro e o ultimo atribuídos a uma só pessoa, ao Imperador¹⁰⁹.

A constituição de 1824 teve sua queda em 1889, com a criação da República, e em 1891 foi promulgada a primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, instalando a forma federativa de ser Estado, e a tripartição de poderes, sob as críticas de Bonavides a alteração se deu tão somente na legislação, demonstrando que os governantes não concebiam a atual forma¹¹⁰.

Nos estados os governos fundavam-se pelo coronelismo, período o qual os então coronéis obedeciam e se faziam obedecerem às suas próprias leis pelo uso

106 BARACHO, 1985. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181611>>. Acesso em 04/2014, Pág. 26

107 DIAS, Danielle S. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242929>>. Acesso em 04/2014.

108 BONAVIDES, 2003, p. 204.

109 BONAVIDES, 2003, p. 197.

110 BONAVIDES, 2003, p. 199.

da força, de tal forma que os governadores encontravam neles a oportunidade de ser eleito, pois a população votava conforme o coronel ordenasse¹¹¹.

O fim da primeira república se deu com a Revolução de 1930, ascendendo Getúlio Vargas no poder, uma nova assembleia constituinte fora convocada e em 1934 o país tem novo texto constitucional, destacando-se a intervenção do governo federal nos estados, ampliando a competência da União, ademais acresceu matéria de ordem de direitos fundamentais¹¹².

Em 1937 Getúlio Vargas declara nova carta política, centralizando o poder, extinguindo o Congresso, vinculada ao autoritarismo, sob a justificativa de manutenção da ordem social, fora uma época de decretos leis sancionadas e aplicadas pelo próprio presidente, ou seja, uma época de ditadura, chegando ao fim em 1945¹¹³.

Fim do Estado Novo¹¹⁴, o país buscou a redemocratização, instituído então a forma parlamentar, convocaram-se novas eleições para presidente, e em 1946 uma nova constituinte promulgou nova Carta Política, baseada em modelos fracassados anterior restou no insucesso da sua aplicação. Um período de incerteza quanto ao chefe do poder executivo, com diversas trocas, acompanhada ao final de uma reação militar que ensejou em nova ditadura¹¹⁵.

A ditadura militar governou sob Atos institucionais, culminando em nova constituição em 1967, com texto que centralizava o poder na União e na figura do Presidente da República e suspendeu direitos e garantias individuais, os Atos institucionais não cessaram e em 1969 o poder retorna aos militares, uma nova ditadura assombrava o país, destacando o Ato Institucional 5 como o mais autoritário.¹¹⁶

Em 1982 as forças democráticas foram ganhando força e contagiando a população, que elegeram Tancredo Neves sob as promessas de um novo país, novos direitos, com o falecimento do presidente eleito toma posse o Vice-

111 SILVA, 2013, p. 82

112 Cf. SILVA, 2013, p. 83-84. Cf. TAVARES, 2010.

113 SILVA, 2013, p. 85

114 Denominação atribuída a nova ordem nacional, quando Getúlio Vargas institui o golpe de Estado de 1937. SILVA, 2013, p. 84.

115 SILVA, 2013, p. 85. TAVARES, 2010.

116 SILVA, 2013, p. 89.

presidente, José Sarney, que convocou o Congresso para nova Assembleia constituinte, resultando este na Constituição Federal de 1988¹¹⁷.

Apesar de tantas constituições em poucas delas foram registrados avanços nos direitos fundamentais individuais, os acessos à educação e formação cultural permaneciam restritos a elite, as oposições governamentais dos períodos preocupavam-se mais em tomar o poder do que com as condições reais dos indivíduos, a Constituição de 1988 é a versão mais cidadã da história política nacional, efetiva a participação do povo, visa garantir direitos fundamentais de forma igualitária a todos.

A democracia representativa, então adotada na ordem constitucional nacional, define a participação do cidadão nas eleições, porém as decisões no que tange aos problemas sociais permanecem com os poderosos, sob o fundamento do bem-estar social. Os governantes entregam a população serviços básicos precários, e agrupa a população carente programas sociais que ao invés de formar o cidadão tem mantido a alienação político – social.

A crise de legitimidade instaura-se no ser Estado institucional, quando o poder Executivo reveste o ordenamento sócio jurídico de medidas provisórias, medidas estas aprovadas pelo Congresso Nacional, sem considerar as necessidades e interesses dos cidadãos.

As medidas provisórias sujeitam os indivíduos as vontades e interesses da elite governante, afastando a população da democratização e do exercício efetivo da cidadania.

O Estado toma para si todas as decisões, disfarçando-se de assistencialista, quando na verdade retira do povo a oportunidade de decidir sobre as questões do seu meio, pois os problemas sociais cotidianos enfrentados pela maioria da população não correspondem à realidade daqueles que compõem a cúpula dos representantes.

Roberto Amaral recorre ao exemplo dos Estados Unidos de não ter o voto obrigatório, percebendo que a participação do cidadão é pequena, em razão do indivíduo perceber o manuseio pelos partidos, justificando recorrer ao exemplo americano por ser este exemplo de democracia representativa visado pela cúpula política nacional. Destacando a presença de negociações entre

¹¹⁷ SILVA, 2013, p. 91.

partidos e políticos, de modo a sobrepor suas vontades em detrimento da soberania popular, “bem aprendidas pela política brasileira”¹¹⁸.

Nesse sentido os governantes têm perdido a confiança de parcela da população, esta corresponde aqueles que têm acesso à informação, e que de alguma forma se interessam pelo Estado social e sua função de promover o bem-estar social.

O Estado não busca formar cidadãos, porém os indivíduos de uma forma ou de outra, lentamente ou não, tem buscado pensar no porquê de tantas notícias de desvios de verbas públicas, questiona o destino real de tantos impostos e taxas quando se aumenta o valor da passagem do transporte público. A crise de constitucionalidade não está na relação do indivíduo em identificar o seu papel como cidadão, mas sim no que tange aos governantes de perceberem que a atuação deles é de representantes do povo.

Anomalias da democracia representativa nacional

Garantias constitucionais dos parlamentares – Institutos anômalos

Com a justificativa de garantir a independência do Congresso Nacional, ou seja, impedir a interferência dos outros poderes perante o Legislativo, a Constituição definiu prerrogativas aos parlamentares sendo estas hoje subdivididas pela doutrina em inviolabilidade, imunidade, foro privilegiado, isenção do serviço militar, limitação ao dever de testemunhar¹¹⁹.

A respeito da inviolabilidade e imunidade, encontra-se a primeira prevista no caput do artigo 53 e a segunda no § 3º do referido artigo, da Constituição Federal de 1988.

Sinônimo de imunidade material é a prerrogativa inviolabilidade, na qual se exclui o crime, ou seja, “afasta a incidência da norma penal incriminadora da conduta dos congressistas”¹²⁰, garantindo a liberdade de expressão dos parlamentares¹²¹.

118 AMARAL, 2001.

119 SILVA, 2013, p. 537.

120 TAVARES, 2010, p. 1240.

121 BRITO, 2007.

Os crimes devem ser derivados em face das opiniões, palavras e votos dos parlamentares, estejam em função ou não do cargo, justifica André Ramos Tavares sob o objetivo de “garantir a independência”¹²². A Carta Magna estende a inviolabilidade não somente aos senadores e deputados federais, mas também aos deputados estaduais conforme seu artigo 27, § 1º e aos vereadores, pelo artigo 29, VIII, estes últimos dentro dos limites territoriais do seu município.

No que tange a imunidade formal, ou imunidade, José Afonso da Silva leciona que se trata de prerrogativa que “impede o processo”¹²³, nesse sentido André Ramos Tavares aponta que anterior a Emenda Constitucional nº35/2001 o Supremo Tribunal Federal(STF) não prosseguia com o processo sem o consentimento da Casa do parlamentar, após a supracitada emenda “para que o processo seja suspenso, há que obter manifestação expressa da Casa respectiva do parlamentar processado perante o Supremo Tribunal Federal”¹²⁴.

A imunidade também impede a prisão do congressista, ressalvados os casos de flagrante dos crimes inafiançáveis, quando a Câmara respectiva deverá ser comunicada em 24 horas para deliberar sobre a prisão¹²⁵.

O pitoresco instituto lançado na constituição tem a defesa fundamentada de que a proteção é direcionada ao Congresso e não ao representante político¹²⁶ sob o argumento do livre exercício e defesa da democracia.

Ademais sobre prerrogativas parlamentares contem a Magna Carta o foro privilegiado aos membros do Congresso Nacional, trata-se de privilégio concedido aos congressistas de serem julgados pelo STF quando do processo e julgamento de infrações penais comuns em exercício do cargo.

De forma que deputados e senadores não são sujeitos a instância comum, mas tão somente ao STF. As duras críticas ao foro privilegiado encontram-se refutadas na ineficiência do sistema, pois o Supremo Tribunal hoje recebe demandas recursais diárias, atrasando então o julgamento de processos criminais originários no Supremo Tribunal.

122 BRITO, 2007 Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/141291>>. Acesso em 04/2014.

123 SILVA, 2013, p. 537.

124 TAVARES, 2010, p. 1241.

125 SILVA, 2013, p. 538.

126 BRITO, 2007.

O serviço militar se mostra incompatível com o exercício de mandato eletivo, desta forma o artigo 53, §7º da Constituição Federal imuniza o congressista da prestação do serviço militar obrigatório a todos.

Caso seja da vontade do parlamentar servir as forças armadas deverá então renunciar ao mandato, possibilitando a incorporação somente com a licença da Casa a que pertença¹²⁷.

A respeito da limitação ao dever de testemunhar indica tal prerrogativa a despeito do § 6º, do artigo 53 da Constituição que Deputados e Senadores não poderão ser intimados a depor em juízo, devendo então ser convidados pelo juízo. Fala-se ainda da liberdade do congressista em escolher o dia e horário a prestar seu depoimento, não lhe sendo obrigado prestar testemunho “sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato”¹²⁸.

Decisões constitucionais ou vontade política dos representantes?

Sob impacto e influência dos meios de comunicação os partidos políticos se revezam no poder, nesse sentido Paulo Bonavides descreve a que a mídia usa do seu alcance para:

Degradar a vontade do popular, subtrair-lhe a eficácia de seu título de soberania, coagir a sociedade e o povo, inocular venenos sutis na consciência do cidadão, construir falsas lideranças com propaganda enganosa e ambígua, reprimir e sabotar com a indiferença e o silêncio dos meios de divulgação, tornados inacessíveis, a voz dos dissidentes e seu diálogo com a sociedade, manipular, sem limites e sem escrúpulos, a informação, numa aliança com o poder que transcende as raias da ética e tolher, enfim, a criação de uma opinião pública, livre e legítima, consciente e oxigenada pelos valores da justiça e liberdade¹²⁹.

O que se nota, principalmente das grandes redes de tv, é o intuito mascarado em manter no poder o que já estão.

As formas de participação direta dos cidadãos são maculadas pelo Congresso nacional todos os dias, as pautas de votações não correspondem

127 TAVARES, 2010, p. 1242.

128 SILVA, 2013, p. 538.

129 BONAVIDES, 2003, p. 64.

as expectativas da população, projetos de leis sobre assuntos de interesse da sociedade são engavetados, medidas provisórias legislam o ordenamento jurídico conforme a vontade do poder executivo.

Das considerações finais

A sociedade desde os seus primórdios de vivência em grupo concebeu a ideia de liderança, de modo a atribuir poder a uma pessoa ou instituição, a evolução social concebeu então a ideia de Estado, como ente detentor de elementos constitutivos, sendo eles soberania, território, povo e finalidade.

A soberania toma vestes de maior importância, pois seu reconhecimento perante outros Estados compõe a ordem jurídica de um novo país, o Estado torna inerente a si obrigações para com o povo, de modo a manter a segurança e ordem no território e suas extensões, elabora-se então um documento de força maior perante todos os indivíduos inseridos no território, a Constituição.

O texto constitucional nem sempre teve reconhecida sua força, pois as constituições imperiais não atendiam os anseios da sociedade, com as ideias iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade espalhando-se pelos povos, os indivíduos ansiaram e lutaram por tomarem o poder e tornarem-se os detentores da soberania popular.

O crescimento demográfico dos Estados possibilitou o surgimento de novas formas de regimes governistas, entre eles o republicano, conceituado como governo de mais de uma pessoa, sendo subdividido em aristocracia ou democracia.

No Brasil o regime republicano democrático elege como forma de exercício da soberania o sufrágio e o voto, exercidos por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular. As inobservâncias disfarçadas pelos representantes políticos podem ensejar ações pelos representados, como o processo de impeachment ou a incidência na lei de improbidade administrativa.

Ambos somente são aplicáveis quando se tratar de figuras que componham a administração pública, em exercício de cargo ou função pública.

Após o exercício da soberania popular conceituou-se neste documento a democracia representativa, hoje vivenciada inteiramente no cenário político nacional, embora a Constituição Federal assegure que a soberania popular seja exercida direta e indiretamente.

Identificando, ao final, aberrações permitidas pela Carta Política, principalmente no Congresso Nacional, em tese o poder que mais representa o povo se mostra o mais omissivo e letárgico em seu exercício, recebendo ordens do chefe do poder executivo.

Tendo em vista toda leitura e ampla pesquisa realizada para compor este documento é verificada que a ordem política nacional sofre com inferências e vaidades pessoais de quem detém o poder, de modo a manterem-se sempre como representantes do povo.

No ano de 2013 o movimento denominado “o despertar do gigante” despertou os olhares políticos de volta aos detentores reais da soberania do Estado, por tratar-se de questão cultural entranhada na sociedade brasileira, fazendo referência aqui aos pequenos atos ímparobos dos brasileiros, sob a justificativa do famoso “jeitinho brasileiro”, os problemas não se resolverão da noite para o dia, mas é notório o crescente interesse dos indivíduos pelo que acontece na administração pública.

Referências

- Amaral, R. (2001). A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa! *Revista de informação legislativa*, 38, pp. 29-65. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/699>
- Aristóteles. (2006). *A política* (3º ed.). (R. L. Ferreira, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- Baracho, J. A. (1985). Legitimidade do Poder. *Revista de informação legislativa*, 22, pp. 13-28. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181611>
- Bobbio, N., Matteucci, N., & Pasquino, G. (2004). *Dicionário de política: volume 2: L-Z* (12º ed.). Brasília: Universidade de Brasília.
- Bonavides, P. (2001). *Ciência Política* (10º ed.). São Paulo: Malheiros.

- Bonavides, P. (2003). *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* (2º ed.). São Paulo: Malheiros.
- Bonavides, P. (2008). *Teoria do Estado* (7º ed.). São Paulo: Malheiros.
- Bonavides, P. (2013). *Curso de direito constitucional* (28º ed.). São Paulo: Malheiros.
- Brito, M. O. (2007). Imunidade Parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35, de 2001. *Revista de informação legislativa*, 44, pp. 239-254. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/141291>
- Brossard, P. (1992). *O impeachment* (3º ed.). São Paulo: Saraiva.
- Canotilho, J. J. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7º ed.). Coimbra: Almedina.
- Dallari, D. D. (2011). *Elementos de Teoria Geral do Estado* (30º ed.). São Paulo: Saraiva.
- Dias, D. S. (2011). Soberania: a legitimidade do poder estatal e os novos rumos democráticos. *Revista de informação legislativa*, 48, pp. 55-66. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242929>
- Duarte Junior, R. C. (2013). *Democracia Participativa e Regulação Econômica: Uma questão de legitimidade*. (Dissertação Mestrado em Direito Constitucional, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Brasil).
- Faver, M. (s.d.). Considerações sobre origem e natureza do impeachment. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b4d02b0b-cf66-47e8-8135-5271575f09db&groupId=10136
- Figueiredo, P. D. (1965). Impeachment sua necessidade no regime presidencial. *Revista de Informação Legislativa*, 2, pp. 31-46. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180677>
- Gomes, J. J. (2010). *Direito eleitoral* (5º ed.). Belo Horizonte: Del Rey.
- Kelsen, H. (1998). *Teoria Geral do Direito e do Estado* (3º ed.). (L. C. Borges, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- Kelsen, H. (2005). *Teoria Geral do Direito e do Estado* (4º ed.). (L. C. Borges, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- Lyra, R. P. (1998). Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, 35, pp. 11-16. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/413>
- Macedo, P. S. (2008). Democracia Participativa na Constituição Brasileira. *Revista de informação legislativa*, 45, pp. 181-193. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176529>

- Pereira, E. W. (2010). *Direito Eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais*. São Paulo: Saraiva.
- Reale, M. (2000). *Teoria do direito e do estado* (5º ed.). São Paulo: Saraiva.
- Ribeiro, F. (1996). *Direito Eleitoral* (4º ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Silva, J. A. (2013). *Curso de direito constitucional positivo* (36º ed.). São Paulo: Malheiros Editores.
- Tavares, A. R. (2010). *Curso de direito constitucional* (8º ed.). São Paulo: Saraiva.

Guía para los autores

1. Ética de la publicación

La Editorial UPB y el comité editorial de la *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* declaran un compromiso ético de todos los miembros de los procesos editoriales.

Las directrices señaladas son el resultado del análisis de mecanismos y estrategias consignadas en las políticas internacionales establecidas por el Committee of Publication Ethics – COPE- (s.f.a), el International Committe of Medical Journal Editors –Icmje- (s.f.a), el Council of Science Editors (2012), entre otros. Igualmente, por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la normatividad establecida en la Constitución Política de Colombia, la Dirección Nacional de Derechos de Autor y las directrices internas de la Universidad Pontificia Bolivariana (2015).

Política de ética en las publicaciones

La producción editorial de la *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* está acompañada de un proceso académico e investigativo que declara la transparencia y honestidad como principios indispensables para la gestión y proyección pertinente del conocimiento. Los miembros de los comités editoriales estarán atentos para no admitir contribuciones que no sean inéditas, originales, que fabriquen, falsifiquen o manipulen datos, publicación fragmentada, duplicada, autoplagio, exceso de autocitas y referencias no consultadas, partiendo de la buena fe y siendo éstos responsables por la infracción de estas obligaciones.

Criterios generales

- El fraude o plagio, en cualquiera de sus modalidades, es considerado una violación a la integridad de la investigación científica, a los derechos de propiedad intelectual declarados en las normas internacionales y a la legislación sobre propiedad intelectual colombiana.

- Se presenta conflicto de interés cuando los miembros del equipo editorial de la revista (Comité editorial o de árbitros) poseen algún vínculo con la contribución presentada y éste pueda influir negativamente en su capacidad de juzgamiento.
- Todo autor debe garantizar que la contribución presentada a la *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* no se encuentra en curso de evaluación ni ha sido aceptada o publicada en otras revistas y de no retirarla hasta que el proceso finalice. Por razones de beneficio a la investigación, una contribución ya publicada puede publicarse de nuevo en otro idioma u otros países, si:
 - Los autores cuentan con el consentimiento de ambos equipos editoriales de forma gratuita y cumplen los tiempos de intervalo pactados.
 - La segunda publicación estará destinada a un grupo distinto de lectores.
 - En la segunda publicación se debe informar en pie de página los créditos de la primera publicación.
- La revista someterá todo artículo recibido a una evaluación preliminar por parte del Comité editorial, que determinará la pertinencia o no de su publicación. Cuando el artículo sea aprobado por los miembros del Comité, se enviará para evaluación por árbitros anónimos, quienes determinarán si el material es publicable.
- La dirección de la revista, por ningún motivo, obligará al autor para que cite la producción de la *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, y publicar artículos que presenten problemas con valoraciones éticas humanas derivadas de la experimentación.
- En todo momento se informará al autor sobre el estado de su artículo.

Responsabilidades éticas de los miembros de la gestión editorial

- Autor
 - Todo autor que presenta contribuciones a la revista *Analecta política* debe comprometerse profesional y éticamente para presentar y

certificar, mediante carta escrita, que sus contribuciones son inéditas, producto de una investigación, con un manejo claro y adecuado de los datos y las fuentes y libres de cualquier modalidad de fraude o plagio, además de autorizar a la revista de publicarlo en formato físico o electrónico.

- El autor debe garantizar su disponibilidad oportuna en las tareas que deriva de la edición de la revista (arbitraje, corrección y publicación).
 - En el caso de que un artículo ya publicado presente errores de fondo detectados por el autor y que atente contra la calidad científica, éste podrá solicitar el retiro o corrección. Si se detecta por un tercero plagio, publicación previa, conducta no ética o error, es obligación y responsabilidad del autor retractarse públicamente, con lo cual se procederá de inmediato al retiro o corrección pública, que se realizará en el siguiente número impreso de la revista, como en su versión digital.
- Editor de revista
- Garantizar al autor un arbitraje transparente, definido por la claridad, originalidad y pertinencia de la contribución enviada.
 - Contactar directamente al autor cuando se sospeche o haya pruebas de conductas inapropiadas que atentan contra la Política de ética de la publicación.
 - Garantizar un instructivo claro para los autores, que permita el cumplimiento de los estándares de calidad científica-editorial y el cumplimiento de la Política de ética de la publicación en procura de la detección de plagio o formas inadecuadas de manejo de los datos.
- Miembros de comités (Editorial, Científico y Arbitraje)
- Es responsabilidad directa del Comité editorial de la revista elegir y contactar los árbitros para la evaluación de las contribuciones.
 - El Comité editorial debe utilizar canales y medios asertivos para la comunicación con los autores.

- Todos los miembros de comités de revistas (Editorial, Científico y Arbitraje) tienen la responsabilidad de cumplir con la debida confidencialidad sobre las contribuciones recibidas. No deben usar los datos, argumentos o interpretaciones sin la debida autorización de los autores.
- Cualquiera de los miembros de comités de revistas (Editorial, Científico y Arbitraje) deben informar al Editor la conducta inapropiada detectada en las contribuciones recibidas.
- El arbitraje se realiza con la metodología doble ciego.
- Cada evaluador miembro del Comité de arbitraje tiene la responsabilidad de revisar las contribuciones en las áreas y temas que tengan conocimiento y producción investigativa. Si la contribución enviada para revisar no es de su competencia, debe informar al Editor de la revista.

2. Alcance y política editorial

La *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* es una publicación científica del programa de Derecho, adscrito a la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín-Colombia. Su objetivo es presentar los resultados de investigaciones y de algunas reflexiones en torno al derecho, que permita a los lectores obtener nuevos tópicos de interpretación. Está dirigida a comunidades académicas e investigativas de la ciencia jurídica en pro de la discusión y debate sobre los problemas sociales que preocupan a las comunidades locales, nacionales e internacionales.

- Periodicidad: semestral.
- Recepción y forma de evaluación de las contribuciones:
 - La convocatoria editorial recibe contribuciones en la tipología de artículos científicos.
 - Las contribuciones deben ser productos de proyectos de investigación, preferiblemente ligados con grupos de investigación reconocidos por instituciones universitarias o de investigación.

- Las contribuciones serán recibidas por el Editor (utilizará un *software* antiplagio), aprobadas para iniciar la evaluación por el Comité editorial, y revisadas por un Comité de árbitros compuesto por pares evaluadores especializados en los temas específicos de las contribuciones.
- Los resultados de la revisión o arbitraje pueden dar como resultado: Aceptado para publicación (AP), Aceptado con aplicación de correcciones inmediatas (ACI), Rechazado temporalmente (RT) que, después de aplicar las correcciones sugeridas, la contribución podrá ser presentada en futuras convocatorias.

3. Organización del texto

- El documento deberá elaborarse en *Microsoft Word*, tamaño carta, márgenes de 3 cm en cada uno de los lados de la hoja, espacio 1.5, tipo de letra *Arial*, tamaño 12.
- Número máximo de páginas: 25 (incluidos los cuadros, las gráficas, la bibliografía y las notas).
- Título en español, inglés y portugués.
- Información del autor que contenga: nombre y apellidos completos, documento de identidad, último grado de escolaridad y año respectivo, institución a la que pertenece, país, grupo de investigación (si procede), código Orcid del autor, dirección postal y correo electrónico.
- Resumen analítico en español, inglés y portugués con una extensión máxima de 200 palabras, en el que se describa la idea central, los objetivos, la metodología, los hallazgos más importantes y las conclusiones.
- Cinco (5) palabras clave en español, inglés y portugués. Se recomienda utilizar los tesauros de las respectivas áreas.

4. Estructuras de las citas y las referencias

– Citas

- Para las normas de citación se utilizará el sistema APA, 6ta edición.
- Las citas textuales cortas, de tres líneas o menos, se incorporan en el texto usando comillas para indicarlas. Las citas textuales extensas se separan del texto por un espacio a cada extremo y se tabulan desde el margen izquierdo sin necesidad de usar comillas. En ambos casos la fuente debe ser citada completamente, ej. Autor, año y número de página en el texto, además de una referencia completa.
- Citas en el texto: el apellido del autor y la fecha de la obra se incluyen en paréntesis dentro de la oración.
- Si la oración incluye el apellido del autor, sólo se escribe la fecha entre paréntesis:

Según Plinio (2010), la política es el arte de lo inesperado.

- Si no se incluye el autor en la oración, se escribe entre paréntesis el apellido y la fecha:

La política es el arte de lo inesperado (Plinio, 2010).

- Si la obra tiene más de dos autores, se cita la primera vez con todos los apellidos, en las menciones subsiguientes, solo se escribe el apellido del primer autor, seguido de la frase *et al.*:

El estudio de la teoría política es importante para el devenir de las naciones (Villa, Díaz, Ortega & Perdomo, 2001).

Villa *et al.* (2001) establecen que para el análisis histórico de las ideas políticas es prioritaria una lectura interdisciplinaria.

- Si son más de seis autores, se utiliza *et al.* desde la primera mención.
- Las notas de pie de página se emplearán solo para hacer aclaraciones o aportar datos adicionales. No deben emplearse para referencias bibliográficas.

- Si se cita un trabajo que ha sido citado dentro de otro trabajo, es decir una fuente secundaria, en el texto se debe hacer referencia a la obra original y nombrarse el autor de la misma. A continuación, debe indicarse la fuente primaria de la que se toma la cita precedido de la expresión “citado en”. En la lista de referencias sólo debe incluirse la fuente primaria, a menos que la fuente secundaria también haya sido trabajada como fuente primaria. Ejemplos:

Arendt (citada en Suárez, 1992, p. 128) presenta un análisis.

En el texto se presenta el anterior análisis (Arendt citada en Suárez, 1992, p. 128).

- Para citar textos clásicos se recomienda especificar la fecha de publicación original y la fecha de publicación de la obra que se utiliza para el trabajo. En caso de no identificarse el año de publicación original de la obra, sólo se referencia el año de publicación de la obra utilizada antecedido de la abreviación “Trad.”. Las partes de las obras clásicas, tales como libros, capítulos, versos, líneas o cantos, se encuentran numeradas de forma sistemática a lo largo de las obras y tales números deben ser utilizados en lugar de las páginas. No es necesario incluir las obras clásicas en la lista de referencias.

Aristóteles dice en *Sobre la interpretación* que: “Nombre, pues, es un sonido significativo sin indicar tiempo, y ninguna de cuyas partes es significativa por separado” (Trad. 2008, 2, 20).

La riqueza de las naciones de Adam Smith (1776/1983) lo explica.

- Para citar documentos legales dentro del texto, se debe referenciar el nombre del documento legal, acompañado del año y de la numeración correspondiente.

Expreso la Corte: “Los principios constitucionales y dentro de ellos están los rectores de la política social” (Sentencia T-1091 de 2000).

“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano” (Constitución Política de Colombia de 1991, 2002, p. 9).

– Referencias

Deben aparecer al final del texto.

Orden alfabético por la primera letra de la referencia.

Obras de un mismo autor se ordenan cronológicamente.

Formato de sangría francesa y a doble espacio.

• Libros

Libros con autor:

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Libros en versión electrónica:

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://wwwxxxxxxxxxxx>

Libros con editor:

Apellido, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Libros con doi:

Apellido, A. (Año). *Título*. doi: xxxxxxxxxx

Capítulos de libros u obra de referencia:

Apellido, A. A. & Apellido, B. B. (Año). Título del capítulo o entrada. En C. C. Apellido (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

Apellido, A. A. & Apellido, B. B. (Año). Título del capítulo o entrada. En C. C. Apellido (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial. Recuperado de <http://wwwxxxxxxxxxxx>

- Publicaciones periódicas

Artículo de revista impresa:

Apellido, A. A. (Año). Título del artículo. *Título de la publicación, volumen* (número), pp. xx-xx.

Artículo de la Web:

Apellido, A. A. (Año). Título del artículo. *Título de la publicación, volumen* (número), pp. xx-xx. Recuperado de <http://wwwxxxxxxxxxxx.xxx>

Artículo de publicación diaria, de la Web:

Apellido, A. A. (Año, día de mes). Título del artículo. *Título de la publicación*. Recuperado de <http://wwwxxxxxxxxxxx.xxx>

- Conferencias

Presentación en un evento:

Apellido, A. (Año, día de Mes). Título de la contribución. En *Nombre del evento*. Evento realizado en Lugar del evento, Ciudad.

Memorias publicadas en la web:

Apellido, A. (Año). Título de la contribución. *Memorias del Nombre del evento*. doi: xx.xxxx o Recuperado de <http://wwwxxxxxxxxxxx.xxx>

Memorias publicadas en formato impreso:

Apellido, A. (Año). Título de la contribución. En B. Apellido, C. Apellido & D. Apellido (Eds.), *Título de la recopilación de las memorias*. Ciudad, País: Editorial.

- Tesis doctorales o de maestría

Tesis doctoral o de maestría:

Apellido, A. (Año). *Título de la tesis doctoral o de la tesis de maestría* (Tesis Doctoral o Tesis para la maestría, Nombre de la universidad, Ciudad, País).

Tesis sin publicar:

Apellido, A. (Año). *Título de la tesis doctoral o de la tesis de maestría* (Tesis doctoral sin publicar o Tesis sin publicar para la maestría, Nombre de la universidad, Ciudad, País).

Tesis recuperada de la web:

Apellido, A. (Año). *Título de la tesis doctoral o de la tesis de maestría* (Tesis Doctoral o Tesis para la maestría, Nombre de la universidad, Ciudad, País). Recuperada de <http://www.xxxxxxx.xxx>

- Documentos legales

Normas jurídicas:

Región geográfica. Entidad. *Nombre de la norma*, número (Año). En caso de existir, especificar casa editorial, ciudad y páginas.

Sentencias de la Corte:

Entidad que dicta la sentencia (Año). Ciudad. Nombre de la sentencia. Magistrado Ponente: Nombres y Apellidos del Magistrado.

Tratados y acuerdos internacionales:

Título del acuerdo o tratado, número del artículo. (Año). En caso de existir, especificar casa editorial, ciudad y páginas.

Resoluciones:

Entidad que promulga la resolución. *Título de la resolución*, número (Año). Organismo que profiere la resolución.

5. Información para el envío

La contribución puede enviarse en formato impreso o por medio de correo electrónico.

Dirección postal y teléfono
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Universidad Pontificia Bolivariana
Circular 1^a No. 71-01 Bloque 12, piso 2, 207
Apartado Aéreo 56006 / Medellín-Colombia

Correo electrónico:
revista.derecho@upb.edu.co
luis.vieco@upb.edu.co
Teléfono (57) (4) + 3544536

Referencias

- Colombia. (1997). *Constitución Política*. Bogotá: Legis.
- COPE. Committee of Publication Ethics. (s.f.a). *Code of conduct and best practice guidelines*. Recuperado de http://publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_0.pdf
- Council of Science Editors. (2012). *White Paper on Publication Ethics*. Recuperado de <http://www.councilscienceeditors.org/i4a/pages/index.cfm?pageid=1>
- International Committe of Medical Journal Editors -ICMJE-. (s.f.a). Recuperado de <http://www.icmje.org/>
- Universidad Pontificia Bolivariana. (2015). Resolución Rectoral General No. 28 de marzo de 2015. Por medio de la cual se definen los lineamientos para garantizar la estructura y funcionamiento de la gestión editorial de las revista científicas y académicas en la Universidad Pontificia Bolivariana-Sede Medellín.

Guidelines for authors

1. Ethical standards

The *Universidad Pontificia Bolivariana* (UPB) Editorial and the Editorial Committee of the journal *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* state the ethical commitment of all the members in the editorial processes.

The standards resulted from analysis of diverse international principles, mechanisms and strategies established by the Committee of Publication Ethics (COPE), the International Committee of Medical Journal Editors (ICMJE), the Council of Science Editors (2012), among other sources. In addition to the aforementioned institutions, the standards take into account the World Intellectual Property Organization (WIPO), the norms established by the Colombian Constitution of 1991, the Colombian Copyright Direction, and the internal policies of *oo* (2015).

Publication ethics policy

The editorial production of the *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* is based on academic and research process, which states transparency and honesty as principles for the adequate management of knowledge. The members of editorial committees do not admit manuscripts that are not original; that produce, forge or manipulate data; that have fragmented or duplicated publication; that contain self-plagiarism, excess of self-quotation and references not consulted, based on the good faith of the authors and these being responsible for the infringement of these obligations.

General Criteria

- Fraud or plagiarism, in any form, is considered a violation of scientific research integrity, especially to intellectual property rights declared in national and international norms.

- Conflicts of interest can occur when members of the editorial or reviewer committees of the journal have connections with the submitted manuscript and, this might negatively influence their assessment capacity.
- Authors must guarantee that the submitted manuscript to the *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* is not being assessed, accepted or published in any other journal. In addition to this, authors must not withdraw the submitted manuscript until the end of the editorial process. In order to benefit research, a published manuscript can be published again in another language or country, only if:
 - Authors have the required authorization of both editorial committees and meet the agreed time interval.
 - The second publication is targeting a different group of readers.
 - The second publication must inform the credits of the first publication using a footnote.
- The editorial committee of the journal does a preliminary evaluation of the submitted manuscript. This process determines the appropriateness of the manuscript's publication. When the article is approved by the Committee members it will be sent for evaluation by anonymous peer review, who will determine whether the material is publishable.
- The journal direction, under no circumstance, obliges authors to quote the production of the *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, and publish manuscripts that show issues with human ethical valuations linked to experiments.
- Authors are informed of the state of their manuscripts at all moments.

Ethical responsibilities of the editorial management team

- Authors
 - Authors that submit manuscripts to the journal *Analecta Política* must commit professionally and ethically to present and certify on a written

letter, that their manuscripts are unknown, product of a research process, with an adequate usage of data, and that the sources are free of any type of fraud or plagiarism. In addition, the authors must authorize the journal to publish the submitted manuscript on a physical and digital format.

- Authors must guarantee their availability to comply with tasks originated in the journal edition, that is, assessment, correction and publication.
 - If the author detects structural errors in his/her published manuscript at the expense of scientific quality, the author can request the withdrawal or correction of the manuscript. If the published manuscript presents plagiarism, previous publication, non-ethical behavior or errors, it is the author's responsibility to publically retract in the following printed or digital number of the journal.
- Journal Editor
- To guarantee authors a transparent assessment and evaluation, which is defined by clarity, originality and appropriateness of the submitted manuscript.
 - To directly contact authors when there is suspicion or evidence on inappropriate behavior that count against the publication ethics policy.
 - To guarantee a clear author guideline that allows the compliance of quality standards of the scientific editorial and the publication ethics policy, in order to detect plagiarism or inadequate usage of data.
- Members of Editorial, Scientific and Assessment Committees
- The editorial committee is directly responsible to select and contact peer-reviewers to evaluate submitted manuscripts.
 - The editorial committee must use assertive channels to communicate with authors.

- All members of the Editorial, Scientific and Assessment committees of the journal have to keep confidential the submitted manuscripts. Members cannot use data, arguments or interpretations without the authorization of authors.
- Any member of the Editorial, Scientific and Assessment committees of the journal must inform any detected inappropriate behavior of the submitted manuscripts to the Editor.
- The evaluation uses double-blind peer review.
- Each Assessment committee member that evaluates has the responsibility to review manuscripts in areas and topics relevant to research knowledge and production. If the submitted manuscript is not of the member's expertise, then the member must inform to the journal editor.

2. Aims, scope and editorial policy

The *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* is a scientific publication of the law program of the School of Law and Political Sciences of the *Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellin – Colombia. The journal presents results of research processes and some reflections of the political environment, in order to allow readers to have new interpretative perspectives. *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* is aimed to academic and research communities of law in order to discuss and debate on legal issues, which concern the local, national and international communities.

- Periodicity: Biannual.
- Reception and evaluation of submitted manuscripts:
 - The call for manuscripts receives manuscripts in the form of scientific manuscripts.
 - The submitted manuscripts must be products of research processes, especially those connected to recognized academic research groups.

- The submitted manuscripts are received by the editor, who uses anti-plagiarism *software*. After that, submitted manuscripts are approved to commence the assessment by the Editorial committee, and are peer-reviewed by two evaluators specialized in topics related to the submitted manuscripts.
- The double-blind peer review can result in: Accepted for publication (AP), Accepted with immediate corrections (AIC), and, Temporarily rejected (TR). After the correction of suggested corrections, the manuscript can be presented in future call for manuscripts.

3. Manuscript organization

- The manuscript must be filed in *Microsoft Word*, letter size, 3 cm margins on each side, one and a half spacing, 12-point *Arial*.
- The manuscript must contain up to 25 pages, which include charts, graphs, references and notes.
- The title must be written in Spanish, English and Portuguese.
- The author information must specify: Full name, identity document, education level and date, institutional affiliation, country, research group affiliation (if applies), ORCID ID, complete address and email.
- The abstract must be written in Spanish, English and Portuguese and contain up to 200 words. In addition, abstracts must describe the manuscript's main idea, objectives, methodology, relevant results and conclusions.
- The manuscript must include five keywords in Spanish, English and Portuguese. It is recommended to use the adequate thesaurus of diverse areas of knowledge.

4. Citation structures and references

– Citation Format

- The 6th edition of the APA system will be used for citation.
- Short quotations (3 lines or less) will be included within the text using quotation marks. Long quotations (more than 3 lines) will be separated from the text using a free-standing block of typewritten lines. Include a blank line at the beginning and the end of the block to separate it from the text. Start the quotation on the new line, indented 1 cm from the left margin and type the entire quotation on the new margin. In both cases the source should be mentioned, i.e., author's last name, year of publication and page number for the reference. Also, a complete reference should be included in the reference list at the end of the text.
- If there is a signal phrase which mentions the author, type the year of publication in parentheses following the author, e.g.

According to Plinius (2010), Politic is the Art of the unexpected.

- If the author is not mentioned in the signal phrase, place the author's last name and year of publication in parentheses after the quotation, e.g.
- Politic is the Art of the unexpected (Plinius, 2010).
- If the work is written by three to six authors, list all the authors the first time you cite the source and in the subsequent times only use the first author's last name followed by *et al.*, e.g.

Studying the Political Theory is important for the evolution of our nations (Villa, Diaz, Ortega & Perdomo, 2001).

Villa *et al.* (2001), establish that an interdisciplinary reading is a priority in order to perform a historical analysis.

- If the work is written by more than six authors, *et al.* is used from the first time the source is cited.

- Footnotes will only be used for explanatory notes or for providing additional information. They must not be used for bibliographical reference.
- If a work that is cited within another work is used in the elaboration of the paper, i.e. a secondary source, a mention of the original work and the author is necessary; followed by the reference of the primary source where the quote is found preceded by the expression “as cited in”. The reference list must only contain the primary source, unless the secondary source has also been used as a primary source.

Arendt (as cited in Suárez, 1992, p. 128) presents an analysis.

In the text the previous analysis is presented (Arendt as cited in Suárez, 1992, p. 128).

- In order to quote classical works, it is suggested to specify the original date of publication and the publication date of the book used. In the case of not being able to identify the original date of publication, reference only the date of publication of the book used preceded by the word “Trans.”. Parts of classical works, such as books, chapters, verses, lines or cantos, are numbered systematically, so use these numbers instead of page numbers. It is not necessary to include classical works in the reference list.

Aristotle argues in *On Interpretation* that: “Name, is a meaningful sound that does not indicate time, and of which no part is meaningful alone” (Trans. 2008, 2, 20).

Adam Smith’s *Wealth of the Nations* (1776/1983) explains so.

- In order to quote legal materials in the text, the name of the material should be referenced, along with the year and the numbers.

The Court stated that: “The constitutional principles and within them we find the ruling principles of social politics” (Sentence T-1091 of 2000).

“We the people of the United States” (Constitution of the United States)

– Reference List

A reference list should appear at the end of the text.

The reference list entries should be alphabetized by the first letter of the entry.

Works by a same author should be listed by the year of publication (starting with the earliest).

The reference list should be typed, double-spaced using hanging indentation.

• Books

Books with author:

Author, A. A. (Year of Publication). *Title*. City: Publisher.

Electronic Books:

Author, A. A. (Year of Publication). *Title*. City: Publisher. Retrieved from <http://www.xxxxxxx.xxx>

Edited Book:

Author, A. A. (Ed.). (Year of Publication). *Title*. City: Publisher.

Book with doi:

Author, A. A. (Year of Publication). *Title*. doi: xx.xxxxxxx

Book's Chapters and Reference Works:

Author, A. A. & Author, B .B. (Year of Publication). Title of chapter or entry. In C. C. Author (Ed.), *Title* (pp. xx-xx). City: Publisher.

Author, A. A. & Author, B .B. (Year of Publication). Title of chapter or entry. In C. C. Author (Ed.), *Title* (pp. xx-xx). City: Publisher. Retrieved from <http://www.xxxxxxx.xxx>

- Articles in Periodicals

Article in a printed journal:

Author, A. A. (Year of publication). Title of Article. *Title of Journal*, Volume (number), pp. xx-xx.

Article from an online periodical:

Author, A. A. (Year of publication). Title of Article. *Title of Journal*, Volume (number), pp. xx-xx. Retrieved from <http://www.xxxxxxx.xxx>

Newspaper Article Online:

Author, A. A. (Year, Month Day). Title of Article. *Title of Newspaper*. Retrieved from <http://www.xxxxxxx.xxx>

- Meetings and Conferences

Presentation in an event:

Author, A. A. (Year, Month Day). Contribution. In *Title of event*. Event conducted at place of event, City.

Proceedings published online:

Author, A. A. (Year). Contribution. Proceedings of the event. doi: xx.xxxx or retrieved from <http://www.xxxxxxx.xxx>

Proceedings published in book form:

Author, A. A. (Year). Contribution. In B. B. Author (Eds.). *Title of the proceedings*. City, Country: Publisher.

- Doctoral dissertations and Master's theses

Doctoral dissertations and Master's theses:

Author, A. A. (Year). *Title of doctoral dissertation or master's thesis* (Doctoral dissertation or master's thesis, University, City, Country).

Unpublished dissertations or theses:

Author, A. A. (Year). *Title of doctoral dissertation or master's thesis* (Unpublished doctoral dissertation or master's thesis, University, City, Country).

Dissertations or theses online:

Author, A. A. (Year). *Title of doctoral dissertation or master's thesis* (Doctoral dissertation or master's thesis, University, City, Country). Retrieved from Name of database or Retrieved from <http://www.xxxxxxxxxxx>

- Legal material

Norms:

Location. Organization. *Name of the Norm*, number (Year). If available, provide publishing information.

Courts Decisions:

Organization who dictates the decision (Year). City. Reference of the decision. Magistrate: Name of the Magistrate.

International treaties:

Name of the treaty, number of article. (Year). If available, provide publishing information.

Resolutions:

Organization who establish the resolution. *Title of resolution*, number (Year). Specific part of the organization that establishes the resolution.

5. Sending Information

The paper might be submitted either printed or to our e-mail address.

Post address and telephone number
 Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
 Universidad Pontificia Bolivariana
 Circular 1^a No. 71-01 Bloque 12, piso 2, 207
 A. A. 56006 / Medellín-Colombia
 Telephone Number: (57) (4) + 3544536

E-mail address:
 revista.derecho@upb.edu.co
 luis.vieco@upb.edu.co

References

- Colombia. (1997). *Constitución Política*. Bogotá: Legis.
- COPE. Committee of Publication Ethics. (s.f.a). *Code of conduct and best practice guidelines*. Recuperado de http://publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_0.pdf
- Council of Science Editors. (2012). *White Paper on Publication Ethics*. Recuperado de <http://www.councilscienceeditors.org/i4a/pages/index.cfm?pageid=1>
- International Committe of Medical Journal Editors -ICMJE-. (s.f.a). Recuperado de <http://www.icmje.org/>
- Universidad Pontificia Bolivariana. (2015). Resolución Rectoral General No. 28 de marzo de 2015. Por medio de la cual se definen los lineamientos para garantizar la estructura y funcionamiento de la gestión editorial de las revista científicas y académicas en la Universidad Pontificia Bolivariana-Sede Medellín.

Guia para autores

1. Ética da publicação

A Editorial UPB e o Comité editorial da *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* declaram um compromisso ético de todos os membros dos processos editoriais.

As diretrizes indicadas são o resultado da análise de mecanismos e estratégias registradas nas políticas internacionais estabelecidas pelo Committee of Publication Ethics – COPE- (s.f.a), o International Committee of Medical Journal Editors – Icmje- (s.f.a), o Council of Science Editors (2012), entre outros. Igualmente, pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), a normatividade estabelecida na Constituição Política da Colômbia, a Direção Nacional de Direitos de Autor e as diretrizes internas da Universidade Pontifícia Bolivariana (2015).

Política de ética nas publicações

A produção editorial da *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* está acompanhada de um processo académico e investigativo que declara a transparência e honestidade como princípios indispensáveis para a gestão e projeção pertinente do conhecimento. Os membros dos comitês editoriais estarão atentos para não admitir contribuições que não sejam inéditas, originais, que fabriquem, falsifiquem ou manipulem dados, publicação fragmentada, duplicada, autoplágio, excesso de autocitação e referencias não consultadas, partindo da boa fé dos autores e sendo eles responsáveis pela infração destas obrigações.

Critérios gerais

- A fraude ou o plágio, na modalidade que for, é considerado uma violação à integridade da investigação científica, aos direitos de propriedade intelectual declarados nas normas internacionais e à legislação sobre propriedade intelectual colombiana.

- Apresenta-se conflito de interesse quando os membros da equipe editorial da revista (Comitê editorial ou de árbitros) possuem algum vínculo com a contribuição apresentada e este pode influir negativamente em sua capacidade de julgamento.
- Todo autor deve garantir que a contribuição apresentada à *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* não está em curso de avaliação nem tem sido aceita ou publicada em outras revistas, e de não retirá-la até o final do processo. Por razões de benefício à investigação, uma contribuição já publicada pode ser publicada de novo em outra língua ou outros países assim:
 - Os autores têm o consentimento de ambas as equipes editoriais de forma gratuita e cumprem os tempos de intervalo acordados.
 - A segunda publicação estará destinada a um grupo diferente de leitores.
 - Na segunda publicação deve se informar no pé de página os créditos da primeira publicação.
- A revista submeterá todo artigo recebido a uma avaliação pelo Comitê editorial, que determinará a pertinência ou não da sua publicação. Quando o artigo é aprovado pelos membros do Comitê será enviado para avaliação por revisão por pares anônimos, que irá determinar se o material é publicável.
- A direção da revista, por motivo nenhum, obrigará ao autor para que cite a produção da *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, e publicar artigos que presentem problemas com valorações éticas humanas derivadas da experimentação.
- O autor será informado em todo momento sobre o estado do seu artigo.

Responsabilidades éticas dos membros da gestão editorial

- Autor
 - Todo autor que apresenta contribuições à revista *Analecta política* deve se comprometer profissional e eticamente a apresentar e certificar,

a través de carta escrita, que suas contribuições são inéditas, produto de uma investigação, dispondo clara e adequadamente dos dados e as fontes e livres de qualquer modalidade de fraude ou plágio, além de autorizar à revista de publicá-lo em formato físico ou eletrônico.

- O autor deve garantir sua disponibilidade oportuna nas tarefas que resultam da edição da revista (arbitragem, correição e publicação).
 - No caso de que um artigo já publicado tenha erros de fundo detectados pelo autor e que atente contra a qualidade científica, este poderá solicitar o retiro ou a correição. Se for detectado plágio por um terceiro, publicação previa, conduta não ética ou erro, é obrigação e responsabilidade do autor se retratar publicamente, o que será feito no seguinte número impresso da revista e na versão digital.
- Editor de revista:
- Garantir ao autor uma arbitragem transparente, definida pela clareza, originalidade e pertinência da contribuição enviada.
 - Contatar diretamente ao autor quando haja suspeita ou prova de condutas inapropriadas que atentem contra a Política de ética da publicação.
 - Garantir um instrutivo claro para os autores, que permita o cumprimento dos padrões de qualidade científica-editorial e do cumprimento da Política de ética da publicação com o propósito de detectar plágio ou formas inadequadas de uso de dados.
- Membros de comités (Editorial, Científico e Arbitragem)
- A responsabilidade direta do Comité editorial da revista eleger e contatar os árbitros para a avaliação das contribuições.
 - O Comité editorial deve utilizar canais e meios assertivos para a comunicação com os autores.
 - Todos os membros de comités de revistas (Editorial, Científico e Arbitragem) tem a responsabilidade de cumprir com a devida confidencialidade sobre as contribuições recebidas. Não devem usar os dados, argumentos ou interpretações sem a devida autorização dos autores.

- Qualquer um dos membros de comités de revistas (Editorial, Científico, e Arbitragem) deve informar ao Editor a conduta inapropriada detectada nas contribuições recebidas.
- A arbitragem se desenvolve com a metodologia duplo-cego.
- Cada avaliador membro do Comité de arbitragem tem a responsabilidade de revisar as contribuições nas áreas e temas que tenha conhecimento e produção investigativa. Se a contribuição enviada para revisar não é da sua competência, deve informar ao editor da revista.

2. Alcance e política editorial

A *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* é uma publicação científica do programa de Direito, subscrito à Escola de Direito e Ciências Políticas da Universidade Pontifícia Bolivariana, Medellín-Colômbia. Seu objetivo e apresentar os resultados de investigações e de algumas reflexões em torno do quefazer político, que permita aos leitores obter novos tópicos de interpretação. Esta dirigida a comunidades académicas e investigativas da direito em pro da discussão e debate sobre os problemas do ciência jurídica que preocupam ás comunidades locais, nacionais e internacionais.

- Periodicidade: semestral.
- Recepção e forma de avaliação das contribuições:
 - A convocatória editorial recebe contribuições na tipologia de artigos científicos.
 - As contribuições devem ser produtos de projetos de investigação, preferivelmente ligados com grupos de investigação reconhecidos por instituições universitárias ou de investigação.
 - As contribuições serão recebidas pelo Editor (utilizará um *software* antiplagio), aprovadas para iniciar a avaliação pelo Comité Editorial, e revisadas por um comité de árbitros composto por pares avaliadores especializados nos temas específicos das contribuições.

- Os resultados da revisão ou arbitragem podem dar como resultado: Aceito para publicação (AP), Aceito com aplicação de correições imediatas (ACI), Recusado temporalmente (RT) que, depois de aplicar as correições sugeridas, a contribuição poderá ser apresentada em futuras convocatórias.

3. Organização do texto

- O documento deverá ser feito em *Microsoft Word*, tamanho carta, margens de três (3) cm em cada um dos lados da folha, espaço 1.5, tipo de letra *Arial*, tamanho 12.
- Número máximo de páginas: 25 (incluídos os quadros, as gráficas, a bibliografia e as notas).
- Título em espanhol, inglês e português.
- Informação do autor que contenha: nome e sobrenomes completos, documento de identidade, último grau de escolaridade e ano respetivo, instituição de pertença, país, grupo de investigação (se for o caso), código Orcid do autor, endereço postal e e-mail.
- Resumo analítico em espanhol, inglês e português, com uma extensão máxima de 200 palavras, nas que se descreva a ideia central, os objetivos, a metodologia, os resultados mais importantes e as conclusões.
- Cinco (5) palavras-chave em espanhol, inglês, e português. Recomenda-se o uso de tesouros nas respetivas áreas.

4. Estruturação das citações y referências

- Citações:
 - Para as normas de citação será utilizado o sistema APA, 6^a edição.
 - As citações textuais curtas, de três linhas ou menos, incorporam-se no texto usando aspas para indicá-las. As citações textuais extensas separam-se do texto por um espaço em cada extremidade, e tabulam-

se desde a margem esquerda sem necessidade de usar aspas. Em ambos os casos a fonte deve ser citada completamente. Exemplo: autor, ano e número de páginas no texto, além de uma referência completa.

- Citações no texto: sobrenome do autor e a data da obra incluem-se em parênteses dentro da oração.

- Se a oração inclui o sobrenome do autor, só se escreve a data entre parênteses:

Segundo Plinio (2010), a política é a arte do inesperado.

- Se a oração não inclui o autor, o sobrenome e a data se escrevem entre parênteses:

A política é a arte do inesperado (Plinio, 2010).

- Se a obra tem mais de dois autores, cita-se a primeira vez com todos os sobrenomes. Nas menções posteriores, só se escreve o sobrenome do primeiro autor, seguido pela frase *et al.*

O estudo da teoria política é importante para o decurso das nações (Villa, Díaz, Ortega & Perdomo, 2001).

Villa *et al.* (2001) estabelecem que para o análise histórico das ideias políticas é prioritária uma leitura interdisciplinar.

- Se são mais de seis autores, utiliza-se *et al.* desde a primeira menção.
- As notas de rodapé se utilizarão unicamente para fazer aclarações ou proporcionar dados adicionais. Não devem ser empregados para referências bibliográficas.
- Se se cita um trabalho que foi citado dentro de outro, ou seja uma fonte secundária, no texto se deve fazer referência à obra original e nomear-se o autor da mesma. Em seguida, deve indicar-se a fonte primária da que se toma a citação, precedida da expressão “citado em”. Na lista de referências só deve incluir-se a fonte primária, a menos que a fonte secundária também tenha sido trabalhada como fonte primária.

Exemplos:

Arendt (citada em Suárez, 1992, p. 128) apresenta uma análise.

No texto se apresenta a anterior análise (Arendt citada em Suárez, 1992, p. 128).

- Para citar textos clássicos se recomenda especificar a data de publicação original e a data de publicação da obra que se utiliza para o trabalho. Em caso de não identificar-se o ano de publicação original da obra, só se referencia o ano de publicação da obra utilizada precedido da abreviação “Trad”. As partes das obras clássicas, tais como livros, capítulos, versos, linhas, cantos, encontram-se numeradas de modo sistemático ao longo das obras, e tais números devem ser utilizados em vez das páginas. Não é necessário incluir as obras clássicas na lista de referências.

Aristóteles diz em *Da interpretação* que: “Nome, então, é um som significativo sem indicar tempo, e nenhuma de cujas partes é significativa separadamente” (Trad. 2008, 2, 20).

A Riqueza das Nações de Adam Smith (1776/1983) o explica.

- Para citar documentos legais dentro do texto, deve-se referenciar o nome do documento legal, acompanhado do ano e da numeração correspondente.

Expressa o Tribunal: “Os princípios constitucionais e dentro deles estão os orientadores da política social” (Sentença T-1090 de 2000).

“O povo da Colômbia, no exercício de seu poder soberano” (Constituição Política da Colômbia de 1991, 2002, p. 9).

– Referências:

Devem aparecer no final do texto.

Ordem alfabética pela primeira letra da referência.

Obras de um mesmo autor se ordenam cronologicamente.

Formato de recuo deslocado e espaçamento duplo.

- Livros

Livros com autor:

Sobrenome, A. A. (Ano). *Título*. Cidade: Editorial.

Livros em versão eletrônica:

Sobrenome, A. A. (Ano). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxxx.xxx>

Livros com editor:

Sobrenome, A. A. (Ed.). (Ano). *Título*. Cidade: Editorial.

Livros com doi:

Sobrenome, A. (Ano). *Título*. doi: xx.xxxxxxx

Capítulos de livros ou obras de referência:

Sobrenome, A. A. & Sobrenome B. B. (Ano). Título do capítulo ou entrada. Em C. C. Sobrenome (Ed.), *Título do livro* (pp. xx-xx). Cidade: Editorial.

Sobrenome, A. A. & Sobrenome B. B. (Ano). Título do capítulo ou entrada. Em C. C. Sobrenome (Ed.), *Título do livro* (pp. xx-xx). Cidade: Editorial. Recuperado de <http://www.xxxxxxx.xxx>

- Publicações periódicas

Artigo de revista impressa:

Sobrenome, A. A. (Ano). Título do artigo. *Título da publicação*, volume (número), pp. xx-xx.

Artigo da Web:

Sobrenome, A. A. (Ano). Título do artigo. *Título da publicação, volume* (número), pp. xx-xx. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Artigo de publicação diária, da web:

Sobrenome, A. A. (Ano, dia de mês). Título do artigo. *Título da publicação*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

- Palestras

Apresentação num evento:

Sobrenome, A. (Ano, dia de mês). Título da contribuição. Em *Nome do evento*. Evento realizado em Lugar do evento, Cidade.

Memórias publicadas na web:

Sobrenome, A. (Ano). Título da contribuição. *Memórias do Nome do evento*. doi: xx.xxxx ou Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Memórias publicadas em formato impresso:

Sobrenome, A. (Ano). Título da contribuição. Em B. Sobrenome, C. Sobrenome & D. Sobrenome (Eds.), *Título da recopilação das memórias*. Cidade, País: Editorial.

- Teses de doutorado ou mestrado

Tese de doutorado ou mestrado:

Sobrenome, A. (Ano). *Título da tese de doutorado ou mestrado* (Tese de doutorado ou tese de mestrado, Nome da universidade, Cidade, País).

Tese sem publicar:

Sobrenome, A. (Ano). *Título da tese de doutorado ou mestrado* (Tese de doutorado sem publicar ou tese de mestrado sem publicar, Nome da universidade, Cidade, País).

Tese recuperada da web:

Sobrenome, A. (Ano). *Título da tese de doutorado ou mestrado* (Tese de doutorado ou tese de mestrado, Nome da universidade, Cidade, País). Recuperado de <http://www.xxxxxxx.xxx>

- Documentos legais

Normas jurídicas:

Região geográfica. Entidade. *Nome da norma*, número (Ano). Em caso de existir, especificar editorial, cidade e páginas.

Sentenças de um tribunal:

Entidade que profere a sentença (Ano). Cidade. Nome da sentença. Juiz relator: Nomes e Sobrenomes do Juiz.

Tratados e acordos internacionais:

Título do acordo ou tratado, número do artigo. (Ano). Em caso de existir, especificar editorial, cidade e páginas.

Resoluções:

Entidade que promulga a resolução. *Título da resolução*, número (Ano). Organismo que profere a resolução.

5. informação para o envio

A contribuição pode enviar-se em formato impresso ou através de e-mail.

Endereço

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

REVISTA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Universidad Pontificia Bolivariana

Circular 1^a No. 71-01 Bloque 12, piso 2, 207

Apartado aéreo 56006 / Medellín, Colombia

E-mail:
revista.derecho@upb.edu.co
luis.vieco@upb.edu.co
Número de teléfono (57) (4) 3544536

Referências

- Colombia. (1997). *Constitución Política*. Bogotá: Legis.
- COPE. Committee of Publication Ethics. (s.f.a). *Code of conduct and best practice guidelines*. Recuperado de http://publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_0.pdf
- Council of Science Editors. (2012). *White Paper on Publication Ethics*. Recuperado de <http://www.councilscienceeditors.org/i4a/pages/index.cfm?pageid=1>
- International Committe of Medical Journal Editors -ICMJE-. (s.f.a). Recuperado de <http://www.icmje.org/>
- Universidad Pontificia Bolivariana. (2015). Resolución Rectoral General No. 28 de marzo de 2015. Por medio de la cual se definen los lineamientos para garantizar la estructura y funcionamiento de la gestión editorial de las revista científicas y académicas en la Universidad Pontificia Bolivariana-Sede Medellín.



**Universidad
Pontificia
Bolivariana**

SU OPINIÓN



Para la Editorial UPB es muy importante ofrecerle un excelente producto. La información que nos suministre acerca de la calidad de nuestras publicaciones será muy valiosa en el proceso de mejoramiento que realizamos.

Para darnos su opinión, comuníquese a través de la línea (57)(4) 3544565 o vía E-mail a editorial@upb.edu.co
Por favor adjunte datos como el título y la fecha de publicación,
su nombre, e-mail y número telefónico.

Esta revista se terminó de imprimir
en los talleres de **La imprenta editores**
en el mes de noviembre de 2018.