

DISSÊRTUM

La expresión de lo justo...



Universidad de
La Sabana



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de La Sabana

Dirección:

Stefanny Justinico Moreno

Subdirección:

Daniel Alejandro Higuera Rincón

Coordinación profesoral:

Diana María Gómez Hoyos.

Consejo editorial:

Alejandro Posso Ospina (Área de Derecho Privado).

Geraldine Bustos Zamora (Área de Ciencias Políticas).

Julián David Rojas Triana (Área de Derecho Penal).

Paula Andrea Roa Sánchez (Área de Derecho Público).

Comité extranjero:

María José Camacho Tejerina. Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, Bolivia.

Cristina León Contreras. Universidad de Sevilla, España.

Francisco Huarte Petite. Universidad Austral, Argentina.

Lucas Borrego Silvy. Universidad Austral, Argentina.

Octava edición virtual: julio-diciembre de 2014

ISSN: 2344-8180.

Edición, diseño, diagramación y publicación electrónica:

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Editorial 5

Artículos de investigación 7

- Algunas consideraciones sobre lógica deóntica y
razonamiento jurídico
9 Esteban David Buriticá Arango
- ¿Es procedente la objeción presidencial a actos
legislativos en Colombia?
27 José Darío Arguello Rueda
- Guantánamo: análisis jurídico del Tratado de
relaciones Cuba-Estados Unidos
35 Albert José Campo Camargo
- Viabilidad de la conciliación electrónica dentro del ordenamiento
jurídico colombiano, una mirada desde la experiencia española
53 Camila Andrea Bohórquez Rueda, José Fabio Nazar Meneses
- Los contractualistas y el concepto de naturaleza caída de Martín Lutero
68 Geraldine Bustos Zamora
- El lenguaje incluyente como defensa de los sujetos de especial
protección en Colombia, en el marco del Estado Social
y Democrático de Derecho
85 Andrés David Moncayo Clavijo
- Ineficiencia de la justicia ¿factor que incide
en la violencia intrafamiliar?
93 María del Carmen Uribe, María Victoria Zambrano

Artículos de reflexión 105

- Ho Chi Minh: “El que ilumina”
107 Clara María Quintero Franco

Entrevista 113

- Entrevista a Javier Osuna Sarmiento (Director de la Revista literaria
Fahrenheit 451, comunicador social y periodista de la Universidad de
115 La Sabana). Por: Daniel Alejandro Higuera Rincón.



Editorial

Es un placer presentar la octava edición de la Revista virtual de estudiantes *Dissêrtum*. Después de un arduo trabajo por parte de nuestros autores, estudiantes de Derecho y Ciencias Políticas de las distintas facultades del país, damos a conocer a la comunidad académica la presente edición que resalta la interdisciplinariedad y calidad que nos caracteriza.

En esta edición, el lector podrá encontrar artículos, ensayos y ponencias que han sido galardonados con los primeros lugares y con menciones especiales en concursos académicos reconocidos.

En cuanto a los artículos de investigación, está el ensayo ganador del primer puesto de la duodécima versión (2013-2014) del concurso nacional de ensayo Octavio Arizmendi Posada -OAP- organizado por nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, sobre el problema de la fundamentación en la lógica deóntica, así como la cuestión del ra-

zonamiento jurídico como razonamiento deductivo. Igualmente, el ensayo que obtuvo el segundo puesto, en el cual se hace una reflexión sobre la objeción presidencial a partir de un análisis constitucional y de derecho comparado. Y el tercer puesto, que corresponde a un análisis de las relaciones entre Estados Unidos y Cuba a la luz de los principios del Derecho Internacional y del Derecho de los Tratados.

Incluimos una de las ponencias presentadas en el I Encuentro Nacional de Clínicas Jurídicas organizado por la Universidad de La Sabana, referente a un estudio de las personas víctimas de violencia intrafamiliar y la falla institucional en la atención integral de esta población, realizado a partir de casos reales recibidos por uno de los Consultorios Jurídicos de Bogotá.

Un tema novedoso, es la conciliación como mecanismo de solución de conflictos. El escrito esco-



gido, se enfoca especialmente en la posibilidad de que en el ordenamiento colombiano se pueda implementar la conciliación electrónica, siguiendo el modelo español.

También contamos con una exploración, a partir del Derecho Constitucional, del lenguaje incluyente en relación con las personas de especial protección. Y otro sobre la responsabilidad objetiva en el ordenamiento colombiano y el derecho comparado, mostrando una clara posición doctrinal y jurisprudencial.

Para la Ciencia Política, hemos seleccionado dos (2) artículos: sobre Martín Lutero y una respuesta a la nueva situación social y política luego de la post-reforma; y un acercamiento a Ho Chi Minh, quien fue clave para la liberación del pueblo vietnamita.

Finalmente, preocupados por la libertad de expresión y el derecho a la información en la situación coyuntural que vive nuestro país, hemos incluido la entrevista realizada a Javier Osuna Sarmiento, Comunicador Social y Periodista de la Universidad de La Sabana quien en 2009 obtuvo el Premio Nacional de Periodismo Simón Bolívar y el Premio Nacional de Periodismo del Círculo de Periodistas de Bogotá (CPB). Osuna expone la tarea del periodista y su función en la sociedad, el deber de informar y los riesgos de censura a los que se enfrentan cada día los comunicadores.

Comprometidos con la responsabilidad social que recae sobre los abogados y politólogos, hemos desarrollado este proyecto, reconociendo que la labor investigativa requiere de imparcialidad, honestidad y esfuerzo de parte de cada uno de los autores. Adicionalmente, rescatamos la diversidad de temas que en este contenido se presentan, análisis históricos, jurisprudenciales, críticos y descriptivos que nos permiten identificarnos como una revista interdisciplinaria.

Agradecemos todo el apoyo brindado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana y la confianza depositada en la elaboración de esta revista. Extendemos este agradecimiento a la profesora coordinadora de la revista, Diana María Gómez Hoyos.

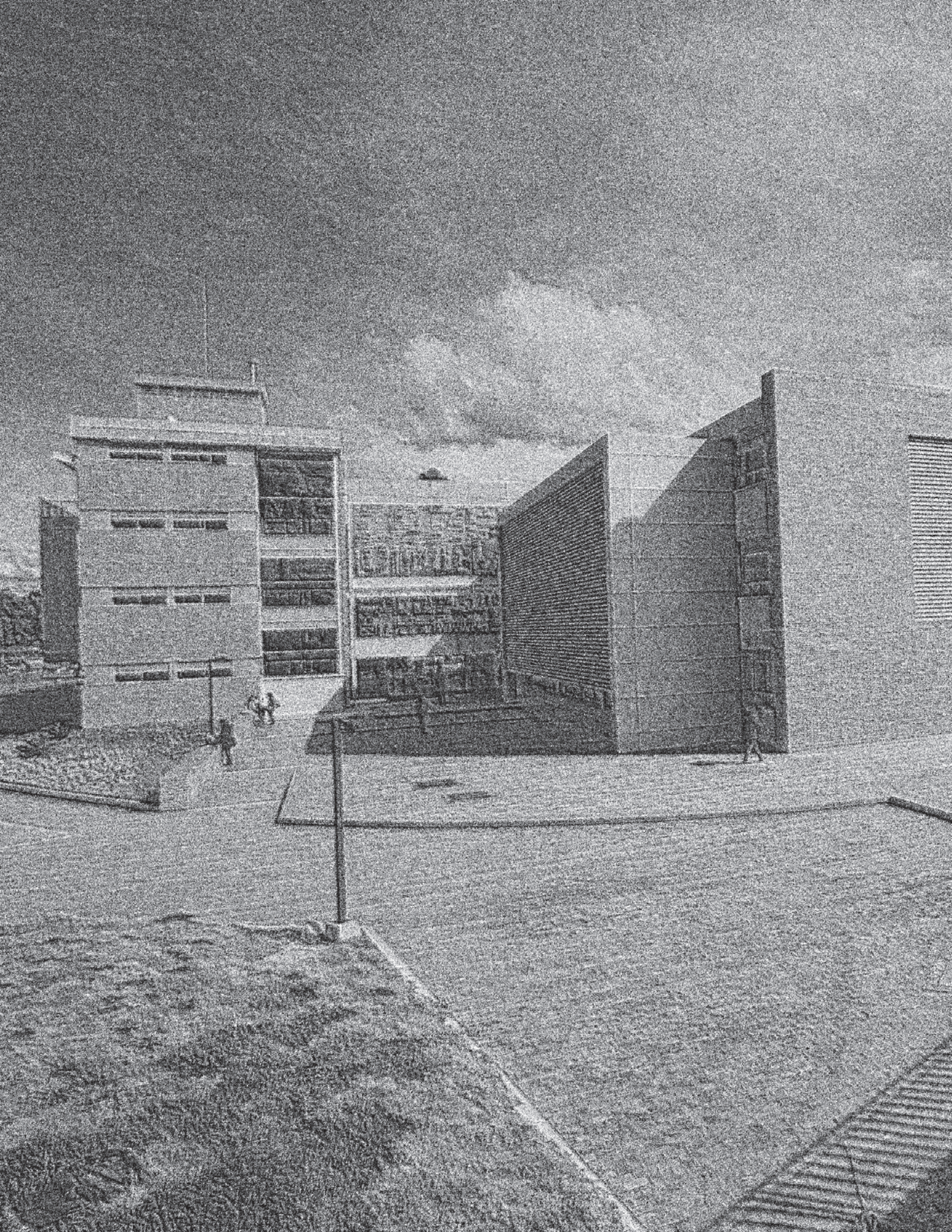
Continuaremos avanzando y mejorando a lo largo de nuestras ediciones, permitiendo la recepción de artículos de autores de países latinoamericanos y la conformación de nuestro consejo editorial con estudiantes de otras facultades, sin perder nuestra visión: ser una revista de estudiantes de alta calidad, siempre disertando sobre la expresión de lo justo.

Stefanny Justinico Moreno

Directora



Artículos de investigación



Algunas consideraciones sobre lógica deóntica y razonamiento jurídico*

Esteban David Buriticá Arango**

RESUMEN

Este artículo explora los problemas de fundamentación semántica que ha padecido el sistema de lógica deóntica de Georg Henrik von Wright y su relación con determinadas concepciones sobre la naturaleza del lenguaje normativo. Del mismo modo, describe el carácter derrotable de las normas jurídicas y evalúa las incidencias que tiene en la concepción del razonamiento jurídico como razonamiento deductivo.

ABSTRACT

This paper explores the problems of semantic foundation that has suffered the Georg Henrik von Wright's system of deontic logic and his relationship with certain conceptions about the nature of normative language. In the same way, describes the defeasible character of legal rules and assesses the impact it has on the conception of legal reasoning as deductive reasoning.

PALABRAS CLAVE

Lógica deóntica, semántica, derrotabilidad.

KEY WORDS

Deontic logic, semantics, defeasibility, legal reasoning.

SUMARIO

Introducción. 1. La indeterminación semántica de las normas jurídicas. 1.1 El significado lógico de las fórmulas. 1.2 La noción abstracta de consecuencia lógica. 1.3 La verdad de las normas. 1.4 Normas sin lógica. 2. Dificultades de simbolización. 3. Bibliografía.

Introducción

Entre las condiciones básicas que debe satisfacer un lenguaje artificial que exprese el carácter lógico de los lenguajes naturales podríamos destacar algunas de especial relevancia en la lógica tradicional: corrección intuitiva, consistencia axiomática, operatividad de las reglas de inferencia y capacidad explicativa. Desde sus orígenes la lógica deóntica no ha sido ajena a tales condiciones, como lo demuestra el conocido escrito *Deontic Logic* de G. H. von Wright, que funge como acto inaugural, en 1951, de las reflexiones contemporáneas sobre la lógica de normas. Desde entonces ha sido constante la preocupación por construir sistemas que expongan adecuadamente las propiedades inferenciales del discurso normativo, sin alejarse en lo posible del poder expresivo de la lógica proposicional y de los principios que la rigen. Estos desarrollos han corrido de forma paralela a reflexiones de orden semántico y pragmático que pretenden, algunas, darle un asidero interpretativo al sistema lógico, y otras, negarle logicidad a las normas y a los sistemas normativos de cualquier índole. En este trabajo pretendo exponer algunos de esos problemas filosóficos, junto con aquellos que, específicamente lógicos, socavan varios de los principios arriba enunciados. Todo ello suponiendo, en todo caso, que el objeto de este análisis está restringido a las normas jurídicas y a los sistemas jurídicos.

En primer lugar, haré referencia a los problemas de interpretación de las fórmulas de la lógica deóntica, y a las discusiones que al respecto han suscitado las diversas nociones sobre la naturaleza del contenido conceptual de las normas (ya sean consideradas entidades significativas –semánticas– o actos de habla). Las proposiciones normativas y la lógica de las mismas no serán objeto de este trabajo, pero será necesario mencionar sus posibles interpretaciones semánticas, al igual que el origen de sus propiedades lógicas. Por su parte, analizaré los problemas lógicos que subyacen al carácter derrotable de “algunas” normas jurídicas. Aunque

el tema de la derrotabilidad puede ser enfocado desde diversas perspectivas, aquí daremos prioridad a las dificultades que suscita en el campo de la formalización de las normas.

Este trabajo constituye un avance de la investigación más amplia sobre el “razonamiento jurídico” desarrollada en el marco del semillero de investigación.

1. La indeterminación semántica de las normas jurídicas

Un sistema lógico¹ es básicamente una combinación de símbolos (variables, constantes y conectivas) regidos por reglas metalingüísticas de inferencia y de formación (reglas de fórmulas bien formadas), y definido en sus aspectos fundamentales por axiomas del lenguaje. Su propósito fundamental es expresar aquellas propiedades del lenguaje natural que pueden denominarse “lógicas”, esto es, funciones regidas por la necesidad de *deducir* unas oraciones a partir de otras. Un factor central del sistema lo constituye la interpretación de las fórmulas del lenguaje (atómicas y moleculares), pues el concepto al que esté asociada (verdad, validez, justicia, etc.) suele tenerse como el significado lógico de la fórmula misma, y constituye el concepto central a partir del cual se definen las conectivas, las reglas de inferencia, los axiomas y algunas propiedades del sistema (v. gr. consistencia, contradicción y tautología en la lógica proposicional). También juega un papel central en la fundamentación intuitiva de los cálculos, pues en todo caso es necesario referenciar el significado lógico de la fórmula para hacer el contraste con el lenguaje natural. Los valores de verdad (verdadero y falso) han desempeñado tradicionalmente todas estas funciones semánticas en las lógicas del lenguaje descriptivo, y con ello se ha garantizado el elevado nivel de perfección de dichos sistemas². De ahí que la verdad o la falsedad de las fórmulas lógicas haya sido y sea considerada hoy por

muchos como la única propiedad semántica que confiere a los lenguajes naturales carácter lógico. Lenguajes no descriptivos como el normativo o el alético, cuyas oraciones elementales no parecen ser a simple vista verdaderas ni falsas, no pertenecerían al campo de la lógica.

Sin embargo, es común que en la práctica se acepten como válidos los esquemas inferenciales compuestos por oraciones prescriptivas. La aplicación de la regla del *modus ponens* en la construcción del llamado “silogismo jurídico” es para muchos juristas una operación lógica que garantiza la validez de los razonamientos judiciales, y un buen ejemplo de cómo funciona la lógica en el campo del derecho. Desde el siglo pasado esta cuestión ha sido conocida en la lógica deóntica como el dilema de Jorgensen³: por una parte, se admite que no pueden construirse inferencias o razonamientos lógicos a partir de normas puesto que éstas no poseen el valor lógico de “verdad”, y por otra, se admite que existen razonamientos con premisas normativas que son intuitivamente correctos aunque las normas no sean verdaderas o falsas. Si se recurre al primer “cuerno” del dilema habría que negar rotundamente la logicidad de los discursos normativos, y si se recurre al segundo, podría optarse por dotar a la lógica de normas de un sistema de interpretación que proporcione un significado lógico lo suficientemente explicativo, o, al estilo de Alchourrón y Martino⁴, proponer una noción abstracta de consecuencia que no haga depender los atributos lógicos del lenguaje de los valores semánticos -e incluso sintácticos- de interpretación de fórmulas.

En su artículo de 1951 von Wright no dio respuesta explícita al dilema de Jorgensen. Desde entonces las posiciones de distintos lógicos han consistido en aceptar o rechazar uno u otro de los cuernos del dilema, o en evitar que el mismo se forme (por ejemplo, admitiendo que las normas pueden ser verdaderas o falsas). Un factor que motiva las divergencias está relacionado con la concepción sobre la naturaleza de las normas, y concretamente con la naturaleza del operador “O”

en las expresiones normativas del tipo Op (debe ser p). Para algunos, las normas son el producto de un uso particular del lenguaje -el uso prescriptivo- a través del cual se toma una expresión cualquiera como “Pedro cuida la casa”, y se le imprime fuerza ilocucionaria para obtener el imperativo: ¡Pedro, cuida la casa!. El operador “O” sería sólo una forma de denotar la dimensión pragmática (perlocutiva, ilocucionaria) en la cual se circunscribe un contenido proposicional “p”, y no un signo al cual puedan atribuírsele propiedades semánticas dentro del “acto de habla”. Para otros, la norma es la entidad resultante de una operación semántica del conectivo “O” sobre una proposición “p”, a la cual le agrega contenido conceptual. La expresión “Op” contendría entonces un *significado* (contenido conceptual) de carácter descriptivo.

En Alchourrón y Bulygin⁵, estas posturas recibieron el nombre de concepción *expresiva* y concepción *hilética* de las normas. Según estos autores, “las dos concepciones de normas son radicalmente diferentes e incompatibles: no hay espacio aquí para ningún tipo de eclecticismo. Si las normas son expresiones en un cierto modo pragmático, entonces no pueden ser parte del significado; si son sentidos (proposiciones) entonces son independientes de cualquier uso lingüístico o modo pragmático”. De ahí que el modo de concebir las normas acarree consecuencias terminantes a la hora de concebir una lógica deóntica, y motiven posiciones antagónicas. Adoptando una concepción expresiva no es posible contemplar la posibilidad de una lógica de normas: la dependencia que tiene el lenguaje con el acto en que es emitido (denotado por el operador O) requeriría de una lógica de *actos*, lo que resulta absurdo si se tiene en cuenta que la lógica opera sólo sobre el lenguaje⁶. Otra posibilidad sería adoptar una lógica de normas en “sentido amplio” que defina el concepto de “legislador racional”, pero las limitaciones que impone la naturaleza pragmática de las normas impediría hablar de una lógica en estricto sentido⁷. Pero si se adopta la concepción hilética, la posibilidad de construir una lógica de normas

queda abierta; aquí las discusiones se limitarían a cuestiones de carácter semántico que permitirían establecer si las normas poseen valor de verdad u otro término semántico equivalente, si la lógica es independiente de estos conceptos, o si la ausencia de valores de verdad proscribiera la posibilidad de una lógica de normas.

En lo sucesivo relacionaré las posiciones que caben dentro de la cuestión, poniendo énfasis en las diversas nociones acerca de la naturaleza de las normas que, entre otros factores, motivan los desacuerdos.

1.1 El significado lógico de las fórmulas

Entre los que defienden la posibilidad de una lógica deóntica en el sentido del segundo cuerno del dilema de Jorgensen están quienes formulan un sustitutivo de la noción de verdad. La validez de las normas parece ser el candidato más seguro, si se tiene en cuenta que decir que determinada conducta es obligatoria es -en apariencia- intuitivamente equivalente a decir que es válida. En este sentido, resultaría redundante una expresión como “se deben cumplir las promesas *es una regla válida*”⁸, de la misma manera en que resulta redundante la proposición “la puerta está cerrada *es una proposición verdadera*”. Ambas oraciones, expresadas respectivamente por quien espera la ejecución de la conducta y por quien trata de informar el acaecimiento de una situación, hacen explícito lo que se sobreentiende.

Filósofos y juristas como Kalinowsky, Rödig, Klug y Weinberger coinciden en este aspecto fundamental. En el fondo lo que diferencia a cada una de las exposiciones es el concepto que se tiene de validez. Las críticas a esta posición van dirigidas precisamente a la insuficiencia de los conceptos alternativos de validez para ser interpretados como “verdad”. Si la validez es entendida como “exis-

tencia de las normas”, no sería posible afirmar la existencia de normas inválidas, contrario a lo que sucede con las aserciones falsas. Si, por otra parte, la validez es entendida como “pertenencia de la norma al sistema”, se confundiría la validez con el acto de legislar, lo que resulta inadmisiblesi se advierte la asimetría que existe entre la verdad de un enunciado y el acto de enunciar⁹. La misma crítica vale en caso de que la validez de una norma sea definida en términos de “su promulgación por autoridad competente”: sería entonces problemático hablar de normas no promulgadas (es decir, inválidas) y de una lógica bivalente en el sentido de la lógica clásica.

1.2 La noción abstracta de consecuencia lógica

Esta alternativa, que opta por el segundo cuerno del dilema de Jorgensen y por una concepción *hilética* de las normas, fue elaborada por Alchourrón y Martino en el escrito *Lógica sin verdad*¹⁰. La propuesta consiste en rechazar lo que ellos denominan un “prejuicio filosófico” que, afincado en la historia del pensamiento lógico, ha consistido en esclarecer la relación de consecuencia entre las premisas y la conclusión en términos semánticos, a saber, “...a partir de y con relación a los enunciados verdaderos o falsos, de tal modo que decir que un enunciado se sigue de un conjunto de enunciados significa afirmar que en todas las interpretaciones posibles en las que resulten verdaderos todos los enunciados que figuraban como premisas, es verdadero el enunciado que figura como conclusión”¹¹

En su lugar proponen construir una noción de consecuencia lógica que trascienda no sólo el “prejuicio filosófico” de los valores de verdad, sino también la noción semántica en cualquiera de sus versiones. Ello se lograría partiendo de aquella “...otra vertiente de la historia de la lógica que parte de la idea global de razonamiento como in-

teligible, y explica el sentido de las partes, inclusive de los conectivos, por la función que cumple en el razonamiento”¹². De esta manera se obtiene una *noción abstracta de consecuencia* que puede especificarse a través de un sistema de axiomas que tiene en cuenta la “noción intuitiva”, sin referencia alguna a los eventuales valores interpretativos de las fórmulas. Una propiedad fundamental de esta noción abstracta de consecuencia es su naturaleza primitiva y genérica en contraste con la noción de verdad, lo que permite desplazar a ésta última (junto con la noción sintáctica de consecuencia) como fundamento de la lógica. Así, los axiomas que caracterizarían la noción abstracta de consecuencia relacionan un conjunto de enunciados (premisas) con un conjunto de enunciados (consecuencias), de tal manera que queden formalizadas sus operaciones más abstractas. En total, Alchourrón y Martino conciben tres postulados:

$$1. A \subset \text{Cn}(A)$$

Postulado de inclusión

$$2. \text{Cn}(A) = \text{Cn}(\text{Cn}(A))$$

Postulado de idempotencia

$$3. \text{Si } A \subset B \text{ entonces } \text{Cn}(A) \subset \text{Cn}(B)$$

Postulado de monotonía

Siguiendo la misma línea se podría caracterizar la noción de consistencia lógica y la definición de los operadores, de tal manera que sean las reglas de uso ligadas a cada operador en un “contexto de deducibilidad”¹³ las que determinen el sentido de los mismos y no los valores de verdad de las proposiciones afectadas¹⁴. Por “contexto de deducibilidad” se entiende aquí el contexto definido por axiomas (caracterización de la consecuencia lógica) en el cual va a ser usado el conectivo. Este método fue implementado previamente por Gentzen, quien dio las reglas de introducción y eliminación

de los conectivos del sistema de deducción natural mediante el cálculo de secuencias, y sin hacer mención a los valores de verdad. Un ejemplo de cómo funcionaría en el campo de la lógica deóntica lo ofrecen Alchourrón y Martino:

Supóngase que queremos introducir la regla que dice que “lo que es implicado por un conjunto de deberes es un deber”. Definiéndola en términos de consecuencia (es decir, operando con “ \vdash ” y conjuntos) obtenemos la siguiente fórmula:

$$OA1 \dots OAn \vdash OB$$

donde “O” representa “ordenado”, A un conjunto cualquiera y B un enunciado.

Según los autores, esta regla valdría como regla de introducción del operador O, y, a su vez, serviría como base para las definiciones que introduzcan los operadores P y V: $Pp = \text{def. } \neg O \neg p$ y $Vp = \text{def. } O \neg p$. De esta manera, se obtendría en lo sucesivo un sistema completo.

Es importante resaltar que con la noción abstracta de consecuencia las reglas que rigen el sistema lógico pueden ser presentadas en términos puramente sintácticos. Muchos discursos que cuentan con propiedades analíticas podrían ser formalizados atendiendo a un particular “contexto de deducibilidad”, sin necesidad de acudir a determinadas propiedades semánticas. Con ello, según Alchourrón y Martino, se espera que la informática “amplíe su horizonte”, pues con la reformulación sintáctica del sistema puede transmitirse a las máquinas fórmulas sobre las cuáles operar.

Críticas a la noción abstracta de consecuencia

Pese al prometedor panorama que ofrecen Alchourrón y Martino se han formulado algunas crí-

ticas dirigidas, fundamentalmente, a la manera en que es utilizado el cálculo de secuentes formulado por Gentzen. En Zuleta¹⁵ se afirma que el modelo de introducción de los operadores deónticos no cumple con los requisitos del cálculo de secuentes, y que, en todo caso, éste, caracterizado por la lógica intuicionista, no es adecuado para la introducción de todos los teoremas del sistema estándar de lógica deóntica.

Según Zuleta, la regla de introducción $OA1\dots$ $OAn \vdash OB$ propuesta por Alchourrón y Martino es diferente a las reglas de introducción del cálculo de secuentes, pues el operador O aparece conjuntamente en el prosequente y en el postsequente de la fórmula. Si se compara este modelo con las reglas de introducción de los conectores en el sistema de deducción natural de Gentzen, se advierte que en este último el conector sólo aparece en el postsequente: $A\dots B \vdash A\rightarrow B$. Según Zuleta, “no es posible formular reglas de introducción del operador O –si éste pretende reflejar el concepto de obligación– en el mismo sentido de “introducción” en que se han formulado las reglas de introducción de los términos lógicos”¹⁶. Esto obligaría a reformular el modelo.

Una segunda crítica señala las limitaciones que tendría el sistema para introducir todos los teoremas del sistema de lógica deóntica estándar. En el sistema elaborado inicialmente por von Wright en 1951, podría introducirse un principio como el tercio excluso $Av\neg A$ en virtud de la regla: “toda tautología de la lógica proposicional es una fórmula válida del sistema cuando las variables proposicionales son reemplazadas por fórmulas deónticas”. Aplicando esta regla (que caracteriza el “sistema mínimo” de donde procede la lógica deóntica standard) se obtiene fácilmente $OAv\neg OA$. Sin embargo, en la propuesta de Alchourrón y Martino no sería posible introducir un teorema semejante, porque la caracterización del cálculo de secuentes se hace a partir de la lógica intuicionista y no de la lógica clásica. La lógica intuicionista no admite en el postsequente más de una fórmula, y por lo mismo un cálculo de secuentes fundado en sus reglas

no podría demostrar válidamente el principio del tercio excluso ni cualquier otro que posea más de una fórmula atómica¹⁷. Incluso si fueran admitidas dos o más fórmulas atómicas en el postsequente, Alchourrón y Martino tendrían que admitir que la fórmula $OA \vee O\neg A$ hace parte de la lógica deóntica, lo cual sería en principio inadmisibles.

La tercera crítica se refiere a la necesidad de utilizar términos de interpretación de fórmulas. Si no se cuenta el valor semántico de los valores de verdad, no habría forma de determinar si una oración del lenguaje objeto está siendo expresada correctamente por una fórmula. Esta crítica se compadece con la tradición que identifica la forma lógica de las oraciones con su forma semántica, y a ésta última con la verdad. Parafraseando a Frege, Tugendhat¹⁸ afirma que “la forma semántica tiene que ver con el modo como la oración está compuesta de forma relevante para la verdad”. Esta forma, que en oraciones singulares se denota como una relación entre el sujeto y el predicado, de manera que “el objeto representado por el sujeto cae bajo el concepto... representado por el predicado”¹⁹, es la que se usa actualmente en el cálculo cuantificacional para la estructuración de fórmulas. De ahí que para establecer si oración como “Sócrates es calvo” está correctamente formalizada, sea necesario establecer su estructura semántica (es decir, una relación donde el predicado “calvo” se aplica al nombre “Sócrates”) de tal manera que se obtenga la forma lógica Cs . De no contar con las consideraciones semánticas, dice Zuleta²⁰, no habría criterio para vincular las formas de la lógica deóntica con el lenguaje de las normas.

Una crítica adicional a la noción abstracta de consecuencia podría hacerse en el sentido de Prior²¹, para quien no es suficiente tener en cuenta las reglas que rigen los conectivos lógicos en términos del rol que cumplen como premisas y como conclusión, sino que es necesario dotar al término de un significado que, en su parecer, son los valores de verdad. De no hacerse así, los operadores nuevos que se agreguen al cálculo violarían las reglas más elementales del razonamiento, tal como Prior in-

tenta demostrarlo introduciendo las reglas de uso de un operador imaginario “Tonk”, y obteniendo un resultado absurdo: de 2 y 2 son 4, podría obtenerse, por intermedio de 2 y 2 son 4 “tonk” 2 y 2 son 5, la conclusión absurda de 2 y 2 son 5.

Alchourrón y Martino objetan el hecho de que Prior sólo se limite a mencionar la regla de uso del operador “Tonk”, y no define el contexto de deducibilidad en el cual va a ser utilizado. Es necesario tener previamente definido este contexto de deducibilidad aún bajo la noción semántica de consecuencia, pues de lo contrario no existirían criterios para determinar la consistencia de una fórmula que incluya (o se obtenga a partir de) el operador en cuestión. Una vez definido el contexto de deducibilidad, el operador debe satisfacer la denominada “propiedad conservativa”, a saber, “la propiedad de mantener a todos los enunciados ya contenidos en la definición formal de contexto de derivabilidad y no admitiendo nuevos enunciados que no impliquen el nuevo operador”²². Tal es el sentido de la clásica objeción de Belnap²³ a Prior: “*So the trouble with the definition of tonk given by Prior is that it is inconsistent. It gives us an extension of our original characterization of deducibility which is not conservative, since in the extension (but not in the original) we have, for arbitrary A and B, A ⊢ B*”.

De ahí que la introducción de nuevos conectivos bajo la noción abstracta de consecuencia deba cumplir con tres condiciones: (1) probar su consistencia en el contexto de deducibilidad asumido, (2) definir las reglas de introducción y eliminación conforme a las reglas de uso, y (3) descartar la existencia de otro operador con las mismas propiedades. Prior sólo consideró la segunda es estas condiciones.

1.3 La verdad de las normas

1. Quienes afirman que las normas pueden ser verdaderas o falsas (o se les puede atribuir valores de verdad y falsedad) consideran el dilema

de Jorgensen un “pseudo-problema”, y defienden la posibilidad de construir un cálculo deóntico. Aunque las estrategias para demostrarlo han sido muy diversas, pueden destacarse tres posiciones principales, metodológicamente diferenciadas: una que considera la existencia (en el mundo actual) de *hechos prescriptivos* designados por las normas; otra que concibe “lo debido” como una entidad analítica percibida intuitivamente; y una tercera que concibe la verdad como la relación de adecuación existente entre el contenido proposicional de la norma y los hechos acaecidos en mundos posibles.

2. Una posición en este último sentido es expuesta por Zuleta para quien “la posibilidad de explicar la relación de consecuencia deductiva entre normas no depende de que las normas tengan de hecho valores de verdad, sino de que existan asignaciones admisibles de valores de verdad”²⁴. Para demostrarlo que esto último es posible, parte de (1) la noción semántica de consecuencia propuesta por Alchourrón a partir de Tarski, y (2) de la idea de “modelo” introducida por Kripke (y adoptada por Alchourrón en la definición) para asignar valores semánticos a las lógicas modales.

La noción semántica de consecuencia de Alchourrón dice:

“Un enunciado A de L es consecuencia (semántica) del conjunto de enunciados α de L (premisas)... si y sólo si no hay ningún *modelo* μ de L en el que todos los enunciados de α son verdaderos y en la que A no lo es”²⁵.

La noción de “modelo” presente en la definición se obtiene de “aplicar una función de interpretación a un lenguaje relacionando (R) sus términos descriptivos con elementos de cada mundo de un conjunto determinado (M)”²⁶. Su estructura es un “triplo ordenado” $\langle G, M, R \rangle$ ²⁷ que pretende superar las falencias del modelo tarskiano de interpretación, y hace posible que los valores de verdad de un enunciado sean re-

lativos a la realidad en que está siendo considerado²⁸. De esta manera, a los enunciados se les puede asignar valores de verdad en relación con entidades de cada uno de los mundos de un conjunto dado, de modo que pueda decirse que un enunciado *A* es verdadero si es satisfecho en un mundo destacado *G* del conjunto de mundos *M*. El enunciado *A* sería satisficible si es posible una relación del tipo $m_1 R m_2$, donde m_1 representa al mundo donde es obligatorio el enunciado *A*, y m_2 representa el mundo donde tal enunciado se cumple.

Según Zuleta²⁹, este modelo es aplicable al derecho en virtud de dos intuiciones: “(1) cuando decimos que una acción o estado de cosas *p* está permitido... estamos admitiendo la posibilidad de que se transforme el mundo real en otro en que *p* sea el caso, y (2) cuando estamos afirmando que una acción o estado de cosas *p* es obligatorio, estamos poniendo el mundo real en relación con otro mundo ideal en que *p* es el caso”. De esta manera, las condiciones de verdad para las normas *Pp* y *Op* pueden formularse como una relación existente entre dos o más mundos, en uno (o varios) de los cuales el contenido proposicional *p* es verdadero. Es decir, la verdad de los contenidos no deónticos de las normas se predicaría de la formulación normativa en relación con un determinado mundo, mientras que la verdad de los operadores deónticos se apoyaría en la verdad de los términos descriptivos.

Aunque Zuleta no lo afirme expresamente, el fundamento teórico de su propuesta lo toma de David Lewis (y Saul Kripke), quien aplicó el mismo método para proveer a los operadores aléticos de la lógica modal de un sistema interpretativo. Lewis sostiene que un enunciado *q* puede ser verdadero en algún mundo posible, a pesar de no ser cierto –de hecho y por diversas razones– en el mundo actual. Los mundos posibles son mundos reales que contemplan aquello que puede ser el caso, e implican una concepción mucho más am-

plia de la realidad. Si consideramos que en el mundo actual debe ser *q*, podemos decir que en todos los mundos ideales del mundo actual es verdad el enunciado *q*. De esta manera, de la verdad de un enunciado *q* en el mundo posible n_2 puede decirse que el enunciado “debe ser *q*” en el mundo posible (o actual) n_1 es verdadero, obteniéndose una relación semejante a la postulada por Zuleta: $m_1 R m_2$.

El principal problema de estas posiciones son los compromisos ontológicos que asumen. Si consideramos que un enunciado es verdad en un mundo posible, deberíamos poder dar criterios definidos para identificar tales mundos y los hechos que en ellos se suceden, pues no resultan tan evidentes a simple vista; el término “posible” no es un término empírico y rompe con el concepto tarskiano de verdad como correspondencia³⁰. Mientras que no se aclaren estos interrogantes, esta alternativa queda sumida en consideraciones metafísicas.

3. Otra vertiente que opta por defender la posibilidad de asignar valores de verdad a las normas es denominada comúnmente “naturalismo”. Su tesis principal es que los valores de verdad de una norma (o de un juicio valorativo) proviene de constatar que lo que calificamos como “bueno” o “malo”, “debido” o “indebido”, “permitido” o “prohibido” se corresponde con determinadas propiedades descriptivas del hecho u objeto aludido, conforme al uso que en una cultura determinada se le da a dichos términos. Si en una situación particular aplicamos la palabra “correcto” a aquellos hechos u objetos a los que generalmente se aplica, podemos decir que una frase como “es correcto dar limosnas” es verdadera, y que es falsa en caso contrario. De este modo, no tendría sentido hacer diferencias relevantes entre el lenguaje descriptivo y el lenguaje normativo, pues ambos están referidos al mundo de los hechos. La posibilidad de construir razonamientos lógicos con formulaciones normativas verdaderas o falsas no presentaría dificultad alguna.

El naturalismo ha sido objeto de múltiples críticas. Con la llamada “falacia naturalista” o “cuestión abierta”, Moore señaló la incorrección de atribuir a los términos morales definiciones descriptivas: siempre serían necesarias premisas adicionales para atribuirle verdad a una oración como “dar limosna es bueno” (porque socialmente atribuimos a la palabra “bueno” el significado de “dar limosnas a los pobres”), pues siempre cabría preguntar si efectivamente dar limosna es bueno. Por su parte, Hare³¹ critica el relativismo al que inevitablemente conducen las corrientes naturalistas: si para determinar la verdad o falsedad de las formulaciones normativas debemos remitirnos a sus formas de uso en cada cultura, encontraremos que una formulación es verdadera para unos y falsa para otros. Pero estas críticas van dirigidas seguramente a un error mucho más básico en las teorías naturalistas: creer que lo que comúnmente llamamos valores morales sustanciales no son más que reglas lingüísticas de uso de los términos morales (que relacionan dichos términos con propiedades descriptivas de la realidad), o como afirma Hare³², confundir “el aprender una moral con el aprender un lenguaje”. De esta manera, el naturalismo desconoce la dimensión imperativa y justificativa del lenguaje normativo, y termina identificándolo con el lenguaje de los hechos.

4. Finalmente, otra variante de la tesis que defiende la posibilidad de atribuir verdad o falsedad a las oraciones del lenguaje normativo es denominada “intuicionismo”. De forma similar a los naturalistas, los intuicionistas (e.g. Scheler, Moore y Hartmann) atribuyen una cierta objetividad a las oraciones (y a los términos) normativos, pero no derivada de su naturaleza empírica –que como tal no existe– sino de una naturaleza *sui generis*, sólo aprehensible mediante facultades no empíricas del ser humano. Para Nikolai Hartmann³³, por ejemplo, los valores son esencias que se presentan ante el sujeto de la valoración como absolutos,

su existencia es objetiva y su conocimiento es apriorístico. Una posición similar sostiene Scheler, para quien los valores son entidades (o cualidades) objetivas que los sujetos descubren en las cosas, y la razón de las divergencias en materia moral serían explicables, entre otras razones, por el mayor o menor grado de educación de los sujetos.

La respuesta que los intuicionistas dan a la posibilidad de una lógica de normas admite dos interpretaciones. Es positiva si se admite que las formulaciones normativas además de ser verdaderas por referencia al carácter objetivo de expresiones como “lo debido” o “lo no debido”, también lo son por inferencias válidas a partir de premisas verdaderas (según la clásica distinción que hacen los lógicos entre contexto del descubrimiento y contexto de la justificación). Por el contrario, es falsa si se afirma que sólo en virtud de la intuición (contexto del descubrimiento) se puede afirmar la verdad de los enunciados normativos, negando la posibilidad de deducir la verdad de unos a partir de otros a través de axiomas y reglas de inferencia.

Las críticas dirigidas contra el intuicionismo son principalmente de carácter epistemológico: no hay manera de probar la existencia de intuiciones subjetivas que nos muestren la verdad de los enunciados normativos, y mucho menos la uniformidad de esas intuiciones. El hecho de que existan códigos morales (y jurídicos) incoherentes unos con otros es prueba (aunque no determinante) de que tales intuiciones no existen.

1.4 Normas sin lógica

1. Entre las alternativas que caben dentro del dilema de Jorgensen está la de negar la posibilidad de una lógica de normas. Si las normas no pueden ser verdaderas o falsas, sus relaciones mutuas pueden estudiarse en campos como la

gramática o la pragmática, pero no en un sistema lógico constituido por axiomas y reglas de inferencia. Ello trae consecuencias relevantes para la teoría y la práctica jurídica. Por un lado, la posibilidad de concebir una ciencia prescriptiva del derecho queda vedada, pues no sería posible caracterizar relaciones de inferencia o consistencia entre dos formulaciones distintas, aspecto central en la construcción del conocimiento científico. Por otro lado, la función de los jueces y demás operadores jurídicos podría calificarse como una actividad esencialmente decisionista de aplicación del derecho, i.e., una actividad irracional donde las decisiones que profieren los jueces no son deducibles de las normas fijadas previamente por el legislador.

2. Esta idea es defendida en principio por aquellos que conciben el operador O como un signo pragmático que referencia un *uso* particular (el uso prescriptivo) del contenido proposicional p de la norma (concepción expresiva). Entre ellos cabe destacar a filósofos como Ayer y Stevenson. Para Stevenson, las expresiones morales y los imperativos (conceptos según él asimilables) “no tienen significado del mismo modo que los enunciados descriptivos corrientes tienen significado... Su significado³⁴ debe encontrarse en su pragmática”³⁵ (citado en Hare, 1999, pág. 125). Stevenson entiende aquí por pragmática sólo el aspecto perlocucionario de la expresión lingüística, i.e. aquella dimensión del acto de habla referido exclusivamente a sus efectos empíricos. De ahí que considere que el significado de la expresión normativa se explique sólo en términos de su aspecto causativo, consistente en inducir sentimientos o actitudes o en influir en la conducta de los interlocutores. Los aspectos “locutivos” e “ilocutivos” del acto de habla, por su parte, no aportarían significado alguno a la expresión, por lo que -según la teoría de Stevenson, inscrita en la corriente “emotivista”- no sería posible una lógica del lenguaje normativo: el “significado” obtenido a través

del análisis perlocucionario de las expresiones prescriptivas no las dotaría de un significado en *sentido semántico*, que es el relevante para la simbolización lógica. En efecto, para Stevenson las razones que pudiesen proponerse a favor o en contra de una oración normativa “están relacionadas con los juicios psicológicamente, más que lógicamente. El juicio no es implicado por dichas razones de la misma manera que los axiomas implican teoremas”³⁶.

Aunque estas nociones bastarían para sumir el lenguaje normativo en la irracionalidad, Stevenson cree posible la construcción de un sistema argumentativo racional basado en enunciados normativos. En *Ética y Lenguaje*³⁷ afirma que “las personas que formulan juicios éticos divergentes pueden... continuar haciéndolo pese a las razones que se den y aunque ninguna cometa un error lógico o empírico... es posible llegar razonadamente a un acuerdo respecto de cuestiones éticas en la medida en que el acuerdo en la creencia pueda llegar a producir un acuerdo en la actitud”. De esta manera el “emotivismo” propone una ampliación del concepto de racionalidad en sentido pragmático (no vinculado exclusivamente con los procesos lógicos), a partir del cual construir una noción de argumentación jurídica “racional” fundada en el aspecto psicológico del lenguaje. De ser esto posible, eventualmente solucionarían muchos interrogantes en el campo de lógica deóntica, si se tiene en cuenta que el objetivo principal de esta (fundado en una estrecha relación entre lógica y racionalidad) es mostrar el derecho como un sistema racional. Pero ello es muy discutible.

En primer lugar, podría objetarse que las relaciones entre la expresión normativa y las razones que la fundamentan no son de naturaleza meramente psicológica (como consecuencia del aspecto perlocucionario del lenguaje). Si alguien dice que “debemos dar limosna a los pobres” y aduce como razón el hecho de que “los pobres padecen hambre”, en el fondo

asume válida (tácita o explícitamente) una regla que dice que “si los pobres padecen hambre, debemos darles limosna”. El argumento tiene una estructura a simple vista deductiva, y aplica -en apariencia- la regla del *modus ponens*. Cuesta creer que un interlocutor modifique sus creencias y su conducta sin hacer este razonamiento esencial, y sólo atendiendo a la influencia psicológica. Por lo mismo, podría objetarse que, contrario a lo que cree Stevenson, el aspecto locutivo e ilocutivo de la norma son esenciales en la argumentación, pues ellos proveen el sentido que le damos a las palabras que usamos, y nos permiten razonar con ellas.

3. Una posición similar a la de Stevenson exhiben los filósofos del empirismo lógico. Para Ayer³⁸, por ejemplo, los enunciados normativos no hacen ninguna declaración factual: se limitan sólo a expresar y provocar sentimientos, a estimular la acción de los interlocutores y a dirigir conductas. Las normas y los juicios de valor no pueden verificarse de manera científica, y en esa medida “no son, en el sentido literal, significantes, sino que son, sencillamente, expresiones del sentimiento, que no pueden ser ni verdaderas ni falsas”³⁹. Es decir, las formulaciones normativas no son proposiciones auténticas que dicen algo sobre el mundo⁴⁰ (pág. 132), y su análisis es posible sólo en el aspecto causativo (pragmático/perlocutivo), en detrimento de un eventual análisis lógico.
4. Ahora bien, el que la concepción expresiva de las normas induzca este tipo de conclusiones no obsta, sin embargo, para contemplar la posibilidad de un tratamiento lógico del derecho (o de la moral). En *Norma y Acción*⁴¹ von Wright ilustró una ambigüedad característica de las normas jurídicas, afirmando que pueden ser interpretadas como normas (prescripciones) o como proposiciones normativas (enunciados fácticos). Una proposición normativa no declara el deber o la permisión de realizar de-

terminada conducta, sino que da cuenta de la existencia en el ordenamiento jurídico de una norma que prohíbe o que permite realizarla. Son enunciados que por referirse a hechos (la existencia de normas) pueden ser verdaderos o falsos, y por lo tanto pueden ser objeto de simbolización lógica. Tal lógica es denominada comúnmente “lógica de proposiciones normativas” por oposición a la “lógica de normas”. A diferencia de esta última, no contribuye a la justificación de decisiones judiciales ni a la construcción de inferencias normativas, pero ayuda a describir científicamente el contenido del derecho. Desde su formulación por Alchourrón en 1969 (y su reformulación en 1993), este sistema no ha recibido mayores críticas. Posiblemente la mayor dificultad que afronta sea el carácter interpretativo de las proposiciones: si se dice que una proposición normativa describe la existencia de una norma ¿Qué significa que una norma exista? Las respuestas más evidentes a este interrogante (existencia como pertenencia al sistema o como promulgación por autoridad competente) han resultado problemáticas. Pero ese no será tema de este trabajo.

2. Dificultades de simbolización

1. A los problemas de fundamentación que ha padecido la lógica deóntica desde sus comienzos se suman algunos problemas de simbolización lógica. Posiblemente el que más ha ocupado el quehacer de los filósofos del derecho en las últimas tres décadas ha sido el referente a la derrotabilidad de las normas jurídicas. Se dice que una norma jurídica es derrotable cuando está sometida a excepciones implícitas que, una vez explícitas, invalidan los razonamientos en los cuales las normas aparecían como premisas. Un ejemplo clásico al respecto es el que relaciona la norma “los homicidas deben

ir a prisión” con la norma “está prohibido que los menores de edad vayan a prisión”, es decir:

a) $A \rightarrow OC$

b) $B \rightarrow O \neg C$

Puesto que en la lógica deóntica estándar (como en todas las lógicas denominadas “deductivas”) opera la ley del refuerzo del antecedente $\vdash ((A \rightarrow OC) \rightarrow ((B \wedge A) \rightarrow OC))$, de a) y b) se siguen las oraciones c) y d), que son mutuamente inconsistentes:

c) $A \wedge B \rightarrow OC$

d) $A \wedge B \rightarrow O \neg C$

A su vez, de c) y d), por aplicación del axioma $\vdash (B \rightarrow OA) \rightarrow (B \rightarrow \neg O \neg A)$ se sigue $\neg (A \wedge B)$, con lo que llega a la conclusión contraintuitiva de que es imposible representar “dos obligaciones opuestas bajo circunstancias distintas y lógicamente independientes”⁴². Es decir, la lógica deóntica no podría representar las normas tal cual son formuladas por el legislador, pues la existencia de excepciones implícitas conllevaría a contradicciones (o inconsistencias) en un amplio número de casos.

2. Para superar estas dificultades se han propuesto varios caminos. Uno de ellos postula la necesidad de reformular los antecedentes de las normas condicionales derrotables, de manera que incluyan las excepciones implícitas que el legislador haya propuesto como normas independientes. Así, la norma a) podría ser reformulada como $(A \wedge \neg B \rightarrow OC)$, quedado compatible con las normas b) y d), y con todas las demás que postulen excepciones debidamente consideradas en el antecedente. Con ello se conseguiría dotar a los ordenamientos jurídicos de consistencia, y se facilitaría la sistematización lógica de los mismos. Sin embargo, a pesar de su viabilidad lógica esta opción es rechazada por dos razones. En primer lugar⁴³, porque involucra la inconveniente labor de re-

formular todas las normas condicionales del sistema, de manera que quien desee construir argumentos con enunciados jurídicos debería revisar en todo caso las relaciones mutuas que guarda cada norma con las demás, y repetir la tarea siempre que una norma nueva sea ingresada o eliminada del sistema. En segundo lugar, porque esta alternativa supone la existencia de metanormas de prioridad, es decir, normas que determinan para cada caso (o para casos genéricos) el orden de preferencia de las normas en conflicto. Pero el que existan o no dichas normas es un hecho contingente⁴⁴.

3. Un camino diferente propone Bengt Hansson⁴⁵, quien intenta construir un sistema que refleje las propiedades lógicas de los deberes *prima facie* de David W. Ross. Un deber moral *prima facie* contempla siempre la posibilidad de ser cancelado por una circunstancia no tomada en cuenta inicialmente, y por ello se le atribuye también el nombre de obligación derrotable. Hansson comienza rechazando la ley del refuerzo del antecedente $\vdash ((A \rightarrow OC) \rightarrow ((B \wedge A) \rightarrow OC))$, y como consecuencia⁴⁶ la ley del modus ponens deóntico $\vdash ((A \rightarrow OB) \rightarrow (A \rightarrow OB))$. De esta manera, hace posible que de las normas a) y b) no se deduzca la norma c) ni la norma d), con lo cual se evitarían las conclusiones normativas contradictorias. Se trata, evidentemente, de una noción no monótona de consecuencia lógica.

Una posición similar se ha sostenido desde el campo de la inteligencia artificial, donde se estudia la derrotabilidad de diversos lenguajes. Aquí lo que importa es reconstruir un sistema que desde el punto de vista estructural represente el conocimiento de la forma más fiel posible al modo en que aparece en su estado natural. De ahí que el concepto de “razonamiento de sentido común” juegue un papel importante, y que, en el campo jurídico, las normas deban ser representadas bajo la misma estructura que el legislador concibió (es decir, con excepciones implícitas en un buen número de casos).

Esta vertiente, sin embargo, es susceptible de algunas críticas. En primer lugar, cabría decir que la capacidad de inferencia de una lógica condicional así presentada resulta muy limitada. Como señala correctamente Alchourrón⁴⁷, el rechazo de la ley del refuerzo del antecedente implica que a partir de normas derrotables no sería posible concluir la norma contraintuitiva c), pero tampoco la norma d), que intuitivamente debe ser tomada como verdadera. Las mismas consecuencias adversas acarrearía el rechazo de la ley del modus ponens: no permitiría deducir de la ocurrencia del hecho nombrado por A el deber representado por OC, ni de la ocurrencia de B la prohibición representada por $O\bar{C}$, es decir, no sería posible construir el famoso silogismo jurídico ni la aplicación normativa por subsunción. Se trata, pues, de las mismas dificultades que deben asumir las llamadas lógicas no-monótonas que, rechazando la regla metalingüística de monotonía o su correlativa lingüística del refuerzo del antecedente, pierden casi por completo su capacidad deductiva.

4. Una tercera vertiente considera que la representación adecuada de las normas derrotables no implica necesariamente la adopción de una lógica no-monótona de condicionales derrotables. En 1993 Alchourrón propuso representar las normas condicionales con un condicional fuerte (el condicional estricto " \Rightarrow ") que representa generalidad en cuanto a las circunstancias, y una conectiva f que denota una función de elección relacionada con la revisión del antecedente de las normas: $fA \Rightarrow B$. El condicional estricto admite la ley del refuerzo del antecedente y la regla del modus ponens, lo que permite mantener una noción clásica (no monótona) de consecuencia lógica. La conectiva f , por su parte, permite formular una "expansión del contenido conceptual" de la norma, al vincular al antecedente todas las excepciones implícitas que le corresponden. Para esto último deben satisfacerse ciertas exigencias

de carácter lógico que limitan la naturaleza de las excepciones formuladas, y un procedimiento que consta de tres pasos⁴⁸ (1) detectar un conjunto de consecuencias Π contradictorias de un conjunto de premisas T (normas), (2) encontrar un subconjunto de T1 incluido en T, tal que Π no se siga de T1, y (3) expandir T1 mediante un conjunto de enunciados $\{\Omega \cup T1\}$. Mediante este procedimiento, el antecedente del condicional deja de ser una mera condición contribuyente para deducir en un caso dado la consecuencia jurídica, y adquiere el carácter de condición suficiente.

Alchourrón consigue así conservar para la lógica deóntica el carácter deductivo de la lógica clásica, y posibilita su implementación en el ámbito computacional. Permite igualmente construir una lógica deóntica integral, pues basta con agregar a los axiomas y reglas de inferencia de la lógica deóntica estándar los correspondientes de la lógica de normas condicionales. Y, finalmente, permite estructurar una lógica de proposiciones normativas cuya fundamentación intuitiva es esencialmente la misma de la lógica de normas, aunque con un modelo semántico diferente y unos conceptos más amplios de consistencia y permisión.

Las críticas formuladas contra la lógica de normas condicionales de Alchourrón pretenden, algunas, invalidar aspectos fundamentales del sistema, y otras hacer claridad sobre puntos controvertidos del mismo. Posiblemente las más relevantes entre las primeras están la de Oller⁴⁹ y Caracciolo⁵⁰. Oller intenta demostrar que la noción intuitiva de condición contribuyente no se encuentra adecuadamente representada en la lógica de condicionales, pues en algunos casos se pueden producir contradicciones dentro del sistema. En su lugar, propone una noción diferente de condición contribuyente que convierte a la lógica de condicionales en una lógica no-monótona. Por su parte, Caracciolo trata de mostrar que el sistema de Alchourrón no brinda instrumen-

tos adecuados para la identificación de todas las excepciones implícitas en el antecedente de las normas, y que mientras eso no se haga el contenido conceptual de la norma permanecerá indeterminado, y las inferencias lógicas no serán posibles. La ilustración detallada de estas críticas excede el objetivo de este escrito.

5. Como puede verse, el carácter derrotable de las normas jurídicas condicionales (y eventualmente categóricas) ha motivado una reformulación importante del sistema estándar de lógica deóntica ideado de von Wright. Aunque correcto en relación con las normas categóricas simbolizadas por operadores deónticos monádicos, el sistema de Deontic Logic (1951) no formula una lógica adecuada para las normas condicionales ni para el carácter derrotable de las mismas. Esta deficiencia resulta desafortunada si se piensa en el hecho de que las normas jurídicas condicionales constituyen de lejos el grupo más numeroso en los actuales ordenamientos jurídicos, y que una lógica que no las simbolice adecuadamente posee un poder explicativo muy bajo. De ahí que las diferentes maneras de abarcar la derrotabilidad conlleven a diferentes maneras de reevaluar (o descartar la existencia de) la lógica deóntica. En efecto, si se adopta una vertiente al estilo Hansson, la lógica de normas perdería su carácter de “extensión” de la lógica proposicional clásica, pues muchos de los principios de ésta no tendrían validez en aquella: entre ellos el principio de monotonía y la regla del modus ponens. Por el contrario, si se acepta que son correctos los sistemas que conservan la base deductiva del sistema, la lógica deóntica adquiriría el carácter de una “extensión conservadora” de la lógica clásica⁵¹, tal cual pretendía el modelo inicial propuesto por von Wright.

Es de resaltar, sin embargo, que muchas de las dificultades mencionadas obedecen en el fondo a una manera determinada de concebir el fenómeno de la derrotabilidad. Podemos decir que, dependiendo de la naturaleza que

se le atribuya al sistema de “regla general-excepción”, pueden sostenerse posiciones muy divergentes sobre su tratamiento lógico. Si se piensa que las normas son esencialmente derrotables por su naturaleza semántica o por algún aspecto estructural (y analítico) del sistema jurídico, será inevitable concluir que el derecho requiere de una lógica no-monotónica al estilo Hansson. Quienes piensan de esta manera suelen atribuir al derecho dos niveles: el de los principios y el de las reglas. Afirman que la aplicación de toda norma (principio o regla) debería satisfacer una ponderación previa que en cada caso particular es diferente, lo que implica que el contenido proposicional de la norma siempre permanecería indeterminado, dadas las dificultades para “precisar de antemano en qué casos genéricos prevalecerá un principio sobre otro”⁵². Es decir, las excepciones que cabe atribuirle a una norma siempre dependerán de una ponderación de principios en los casos particulares en que es aplicada, lo que convierte a la derrotabilidad en una propiedad semántica de las normas y a la indeterminación en una característica inevitable del ordenamiento jurídico.

Pero, si se considera la derrotabilidad como consecuencia de un determinado uso intencional del lenguaje, el sistema de regla general-excepción pasa a ser un aspecto meramente contingente de los ordenamientos jurídicos: el que existan o no reglas derrotables dentro del sistema dependerá de la técnica legislativa que se use, es decir, de un determinado uso del lenguaje en la actividad de normar (actos de habla). De ahí que sea posible identificar el contenido conceptual de las normas, y formular argumentos deductivos con ellas.

3. Bibliografía

Carlos ALARCÓN, *Las lógicas deónticas de Georg H. von Wright*, Doxa, 23, 2003.

Carlos Eduardo ALCHOURRÓN, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Barcelona, Marcial Pons, 2010.

Carlos Eduardo ALCHOURRÓN, *Condicionabilidad y la representación de las normas*, En ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Carlos Eduardo ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *La concepción expresiva de las normas*, En ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

Carlos Eduardo ALCHOURRÓN, *Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas*, en: *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Carlos Eduardo ALCHOURRÓN y Antonio MARTINO, *Lógica sin verdad*, *Theoria*, 3, 1988, Recuperado de:

http://www.antonioanselmomartino.it/index.php?option=com_content&task=view&id=42&Itemid=88.

Julius AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*. Barcelona: Orbis, 1984.

Juan Carlos BAYÓN, *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?* *Doxa*, 24, 2001.

Nuel D. BELNAP, *Tonk, Plonk and Plink*. *Analysis*, 22 (6), 1962.

Eugenio BULYGIN, *Kelsen y Weinberger sobre la ontología de las normas*, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Ricardo CARACCIOLO, *Normas Derrotables. La concepción de Carlos Alchourrón*. *Análisis Filosófico*, 26 (1), 2006.

Bengt HANSSON, *An analysis of some deontic logics*, en Hilpinen, Risto. *Deontic Logic: introductory and systematic reading*. Dordrecht: Reidel, 1971.

Richard M. HARE, *Ordenando la ética*. Barcelona: Ariel, 1999.

H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968.

Jorgen JORGENSEN, *Imperativos y lógica*, Isegoría 20, 1999.

Carlos A OLLER, *Obligaciones prima facie y derrotabilidad*, *Análisis Filosófico*, 26, (1), 2006.

Gladys PALAU, *Introducción filosófica a las lógicas no clásicas*, Barcelona: Gedisa, 2002.

Arthur. N. PRIOR, *The runabout inference-Ticket*. *Analysis*, 21, 1960.

Georg RESTALL, *An introduction to substructural logics*, Londres/New York: Routledge, 2000.

Charles STEVENSON, *Ética y Lenguaje*. Barcelona: Paidós, 1984.

Ernst TUGENDHAT, *Propedéutica Lógico-semántica*, Barcelona: Antropos, 1997.

Georg Henrik VON WRIGHT, *Deontik Logic*. *Mind*, 60, 1951.

Hugo ZULETA, *Lógica Deótica y Verdad*. *Análisis Filosófico* 26, 2006.



- * Ensayo ganador del PRIMER PUESTO en la duodécima versión del concurso nacional de ensayo (pregrado) OCTAVIO ARIZMENDI POSADA 2014, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.
- ** Estudiante de décimo semestre de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. esteban.buriticaa@gmail.com
- 1 Para una descripción similar de “sistema lógico” ver: Gladys PALAU. *Introducción filosófica a las lógicas no clásicas*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- 2 Carlos ALCHOURRÓN y Antonio MARTINO, *Lógica sin verdad*, *Theoría*, 3, 1988. Recuperado de: http://www.antonioanselmomartino.it/index.php?option=com_content&task=view&id=42&Itemid=88
- 3 Jorgen JORGENSEN, *Imperativos y lógica*, *Isegoría*, 20, 1999, pp. 207-215.
- 4 ALCHOURRÓN y MARTINO. *Op. Cit.* Sin página.
- 5 Carlos Eduardo ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, “La concepción expresiva de las normas”, en Carlos Eduardo ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p.124.
- 6 En Georg RESTALL, *An introduction to substructural logics*, Londres/New York, Routledge, 2000, se defiende una concepción de la lógica que abarca no sólo el lenguaje, sino una noción más amplia que incluye intervalos de tiempo, procesos acciones, estructuras gramaticales. Aquí sostendremos una versión más tradicional, aplicada sólo al lenguaje.
- 7 ALCHOURRÓN y BULYGIN. *Op. Cit.*, p. 166.
- 8 Esta expresión se corresponde con los “enunciados desde el punto de vista interno” de Hart, que tienen carácter prescriptivo. Ver: H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.
- 9 Eugenio, BULYGIN. “Kelsen y Weinberger sobre la ontología de las normas”, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 258.
- 10 ALCHOURRÓN y MARTINO. *Op. Cit.*
- 11 *Ibidem.*
- 12 ALCHOURRÓN y MARTINO. *Op. Cit.* Sin página.
- 13 Nuel D. BELNAP, *Tonk, Plonk and Plink*, *Analysis*, 22 (6), 1962, pp. 130-134.
- 14 ALCHOURRÓN y MARTINO. *Op. Cit.*, Sin página; Gladys PALAU, *Introducción filosófica a las lógicas no clásicas*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 40.

- 15 Hugo ZULETA, *Lógica Deóntica y Verdad*, *Análisis Filosófico* 26, 2006, pp. 115-133.
- 16 *Ibidem*, p. 124.
- 17 *Ibidem*, pp. 115-133.
- 18 Ernst TUGENDHAT, *Propedéutica Lógico-semántica*, Barcelona, Antropos, 1997, p. 75.
- 19 *Ibidem*, p. 74.
- 20 Hugo ZULETA. *Op. Cit.*, pp.115-133.
- 21 Arthur. N. PRIOR, *The runabout inference-Ticket*, *Analysis*, 21, 1960, pp. 38-39.
- 22 ALCHOURRÓN y MARTINO. *Op. Cit. Sin página*.
- 23 Nuel D. BELNAP, *Tonk, Plonk and Plink*. *Analysis*, 22(6), 1962, p. 132.
- 24 ZULETA. *Op. Cit.*, p. 129.
- 25 ALCHOURRÓN y MARTINO. *Op. Cit.* p. 33.
- 26 ZULETA. *Op. Cit*, p. 128.
- 27 Donde M es un conjunto de mundos posibles, G es un elemento destacado de M y R es una relación entre mundos que puede entenderse como una relación de accesibilidad o posibilidad relativa.
- 28 ZULETA, *Lógica Deóntica y Verdad*, *Análisis Filosófico*. *Op. Cit.*, p. 128.
- 29 ZULETA, *Lógica Deóntica y Verdad*. *Op. Cit.*, p.130.
- 30 Considero que la aplicación que hace Zuleta en *Lógica Deóntica y Verdad*. pp. 129-131, de la condición T a su modelo no se compadece con la concepción tarskiana de la verdad. La condición T sólo la satisface el lenguaje descriptivo.
- 31 Richard M. HARE, *Ordenando la ética*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 88.
- 32 *Ibidem*, p. 77.
- 33 Para una descripción panorámica de la filosofía ética de Hartmann, ver: Eduardo García, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1983, pp. 424 y ss.
- 34 La expresión “significado” puede resultar ambigua en esta cita, pues comúnmente es usada para mencionar aspectos semánticos del lenguaje. Aquí debe entenderse *lato sensu* como “sentido”.
- 35 Richard M. hare, *Ordenando la ética*. *Op. Cit.*, p. 125.
- 36 Charles stevenson, *Ética y Lenguaje*, Barcelona, Paidós, 1984, p.111.
- 37 *Ibidem*, p. 40.
- 38 Julius ayer, *Lenguaje, verdad y lógica*, Barcelona, Orbis, 1984.

- 39 *Ibidem*, p. 124.
- 40 *Ibidem*, p. 132.
- 41 Georg Henrik von wright, *Deontik Logic*, *Mind*, 60, 1951, pp. 1-15.
- 42 Calos Eduardo ALCHOURRÓN, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, p. 99.
- 43 Calos Eduardo alchourrón, *Condicionabilidad y la representación de las normas*, en ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, x, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 270.
- 44 Juan Carlos BAYÓN, *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?* *Doxa*, 24, 2001, p. 54.
- 45 Bengt HANSSON, *An analysis of some deontics logics*, En Hilpinen, Risto, *Deontic Logic, introductory and systematic reading*, Dordrecht, Reidel, 1971.
- 46 La regla del *modus ponens* debe rechazarse porque implica y es implicada por la ley de refuerzo del antecedente.
- 47 ALCHOURRÓN, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. *Op. Cit.*, p. 106; Calos Eduardo ALCHOURRÓN, *Condicionabilidad y la representación de las normas*. *Op. Cit.*, p. 274.
- 48 ALCHOURRÓN, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, p. 112 y ss.
- 49 Carlos A OLLER, *Obligaciones prima facie y derrotabilidad*, *Análisis Filosófico*, 26, (1), 2006, pp. 147-155.
- 50 Ricardo CARACCIOLO, *Normas Derrotables. La concepción de Carlos Alchourrón*, *Análisis Filosófico*, 26 (1), 2006, pp. 156-177.
- 51 En Gladys PALAU, *Introducción filosófica a las lógicas no clásicas*, Barcelona, Gedisa, 2002, se hace una exposición rigurosa del concepto de “extensión”. En este caso, la lógica deóntica sería una extensión de la lógica proposicional clásica porque aquella comparte el mismo lenguaje y la misma base deductiva de ésta.
- 52 Juan Carlos BAYÓN, *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, *Doxa*, 24, 2001, p. 53.

¿Es procedente la objeción presidencial a actos legislativos en Colombia?*

José Darío Arguello Rueda**

RESUMEN

La procedencia de la objeción a la legislación, es un debate constitucional que se abrió en 2012 con la objeción por parte del actual Presidente frente a la reforma a la justicia. El objetivo de este trabajo es mostrar las razones de procedencia o improcedencia de la acción, lo que permite al lector a tomar una posición desde el punto de vista jurídico, utilizando una metodología de análisis de la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otros documentos y complementada por un ejercicio de derecho comparado en América Latina.

ABSTRACT

The proceed of the objection to legislation, is a constitutional debate that opened in 2012 with the objection by the current President of the justice reform. The aim of this paper is to show the reasons of proceed or inappropriateness of the action, allowing the reader to take a stand from a legal point of view, using an analysis methodology to

the Constitution, the jurisprudence of the Constitutional Court, among other documents and supplemented by an exercise of comparative law in Latin America.

PALABRAS CLAVE

Objeción, Acto Legislativo, Presidente, Corte Constitucional, Constitución.

KEY WORDS

Objection, Legislative Act, President, Constitutional Court, Constitution.

SUMARIO

Introducción 1. Argumentos de procedencia de la objeción a actos legislativos. 2. Argumentos de improcedencia de la objeción a actos legislativos. 3. Derecho comparado en América Latina. 3.1 Países y constituciones donde procede la objeción a

actos legislativos. 3.2 Países y constituciones donde no procede la objeción presidencial a actos legislativos. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Introducción

Luego de la objeción presidencial al Acto Legislativo No. 07 de 2012 *“por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones”* por parte del Presidente de la República de turno, Doctor Juan Manuel Santos Calderón se abrió un gran debate en el país que va desde las perspectivas constitucionales a las ópticas políticas y es el de la procedencia o improcedencia de las objeciones por parte del ejecutivo a las reformas constitucionales como lo son los actos legislativos.

El Presidente, argumentando la inconstitucionalidad e inconveniencia de dicha reforma decide no publicarla en la Gaceta Oficial, como lo ordena la Constitución respecto de los actos legislativos, sino que decide devolverlo al Congreso de la República con un documento de objeciones como si se tratara de un proyecto de ley, frente al que sí tiene la facultad expresa de objetar.

Esta reforma de por sí ya era polémica por las diferentes irregularidades que contenía; una reforma que según los expertos beneficiaba en grandes proporciones a sectores políticos, a personajes de la vida política nacional que en el momento se encontraban investigados por parte de la Justicia, una reforma que de ser aceptada, tendría un gran costo político, partiendo de la inconformidad del pueblo, las irregularidades de las Instituciones y la desestabilización de las mismas, aunque de igual manera, al ser objetada y archivada ponía en cuestionamiento el cumplimiento de normas constitucionales y uso de facultades por parte del presidente.

Ese es el objetivo del presente trabajo: brindar le las herramientas necesarias al lector desde la

jurisprudencia, los artículos de opinión, decretos presidenciales, y la misma Constitución Política, entre otros, para que conociendo más a fondo la temática pueda tomar parte del debate con fundamentos jurídicos, y por otra parte, contextualizar al lector en el ámbito internacional más exactamente en América Latina, en un ejercicio de derecho comparado que le permitirá conocer cómo se desarrollan estas temáticas en los diferentes países y como son los escenarios de reforma constitucional y hasta dónde puede llegar el intervencionismo por parte del ejecutivo.

El presente ensayo es resultado final de una investigación titulada “LA OBJECCIÓN PRESIDENCIAL A LOS ACTOS LEGISLATIVOS EN COLOMBIA” con una metodología de enfoque de investigación cualitativo, ya que buscaba a partir de la recolección de datos e información contenida en sentencias, autos, artículos, normas, Constituciones extranjeras, entre otros textos, realizar una compilación de posturas jurídicas frente a la objeción presidencial a actos legislativos que permitan al lector establecer con su criterio cuál de las dos vías, la procedencia o improcedencia, le parece viable y segura para el ordenamiento jurídico, además de permitirle una idea internacional de lo que es este fenómeno en otros estados del mundo.

1. Argumentos de procedencia de la objeción a actos legislativos

El Presidente de la República sustenta dicha objeción a un acto de reforma constitucional, como lo es el acto legislativo, en la inconstitucionalidad e inconveniencia del mismo, así lo establece en la comunicación enviada al Congreso de la República con las respectivas objeciones:

Las objeciones por inconstitucionalidad que tienen origen en los vicios provocados en la actuación de la comisión de conciliación y que a juicio del Gobierno exponen de forma grave la institucionalidad judi-

cial. Seguidamente, se hará mención a las objeciones por inconveniencia de normas que, en unos casos, también presentan glosas de orden constitucional en su formación y otros reparos graves de inconveniencia de entrar a hacer parte del diseño institucional constitucional¹.

Además, en el mismo documento que contiene las objeciones a la reforma, expresa como argumentos de procedencia, que como jefe de estado debe proteger y salvaguardar la constitución y los intereses de los colombianos, sumado al principio de colaboración armónica, según el cual “el Presidente de la República está autorizado por la Constitución para colaborar con la función del Congreso, en aquello que comprometa directamente la integridad y supremacía de la Carta²”, también se sustenta que la Corte Constitucional en su interpretación de la norma, ha sido corta en determinar la procedencia de la objeción presidencial frente a este tipo de actos. Por otro lado, en el Decreto 1351 de 2012, también se establece como argumento en favor de la procedencia de dicha objeción que “ninguna norma de la constitución prohíbe de manera explícita la presentación de objeciones gubernamentales contra los actos legislativos³”.

2. Argumentos de improcedencia de la objeción a actos legislativos

Uno de los argumentos utilizados por el ejecutivo para justificar la objeción a actos legislativos como lo es la reforma a la justicia, es la inconstitucionalidad, frente a lo que el artículo 379 de la Constitución Política establece que un acto de reforma, como lo es el acto legislativo, solo podrá ser declarado inconstitucional si viola lo establecido en el título trece del texto constitucional “de la reforma de la Constitución”. Además, en el artículo 241 de la Constitución, que define las competencias de la Corte Constitucional, el numeral 1 establece “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad

que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación⁴. Por tanto, sí es Competencia de la Corte Constitucional el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, no es clara la competencia que el presidente alega tener, en cuanto a la objeción de actos legislativos porque él debe atenerse a lo que consagra el artículo 375, la Publicación en el Diario Oficial.

Frente a la procedencia de la objeción presidencial a los actos legislativos, la Corte Constitucional tiene una línea jurisprudencial en la que de manera enfática prohíbe dicha actuación. Primero en la sentencia C-543 de 1998 la Corte establece:

(...) los Actos Legislativos mediante los cuales el Congreso reforma la Constitución no requieren de sanción presidencial, porque las decisiones de la voluntad constituyente no pueden, por su misma naturaleza, quedar subordinadas a la aquiescencia de ningún poder constituido, salvo la competencia estricta y precisa atribuida a la Corte para efectos del control formal.⁵

En esta sentencia, es clara la prohibición al presidente de objetar un acto legislativo, pero más adelante la Corte Constitucional ratifica su interpretación en la sentencia C-208 de 2005:

El artículo 157-4 de la Constitución, exige que para que un proyecto sea ley debe haber obtenido la sanción del Gobierno. Esta posibilidad no se da en el caso de los actos legislativos pues el artículo 375, específico de las reformas constitucionales, no supe- dita su entrada en vigencia a la sanción del ejecutivo, ni autoriza a éste para objetarlas.⁶

También en la sentencia C-178 de 2007 la Corte Constitucional se vuelve a pronunciar al respecto, continuando con su postura de prohibición de la objeción a este acto reformativo de la Constitución:

La Constitución ha establecido que durante el trámite de los actos legislativos el gobierno tiene el deber de publicar mediante decreto, y en el diario oficial, el texto definitivo aprobado en la primera vuelta. Así mismo, al Presidente no le compete sancionar y objetar el proyecto de Acto legislativo. La voluntad del Congreso como reformador de la Constitución se forma de manera autónoma sin que se requiera la concurrencia de la voluntad del Ejecutivo⁷.

Con la anterior se concreta una línea jurisprudencial con respecto a la objeción por parte del ejecutivo a los actos legislativos, donde la Corte Constitucional es enfática en mostrar la improcedencia de dichas objeciones, ya que no es función del presidente, no es condición de aprobación, ni de validez, ni de eficacia del acto legislativo la sanción presidencial, pues no lo establece como requisito la Constitución Política y, por último, no se puede dejar en manos de una persona, en este caso el presidente la decisión final con respecto a la expresión máxima de la voluntad del Congreso de la República en uso de sus facultades como constituyente derivado, en representación del pueblo, el constituyente primario.

3. Derecho comparado en América Latina

3.1 Países y constituciones donde procede la objeción a actos legislativos

En un ejercicio de derecho comparado, al analizar las constituciones de diferentes países del mundo, especialmente de América Latina, es posible determinar que el país que de manera más clara y explícita en su Constitución contiene la fa-

cultad presidencial de objetar o vetar una reforma constitucional es Chile, esto como consecuencia de la dictadura militar que gobernó a este país durante 17 años, al mando de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte.

La Constitución Chilena establece en su artículo 128 que cuando el proyecto de acto legislativo, reformatorio de la constitución ha sido aprobado por ambas cámaras, este debe ir al presidente de la república, el cual lo puede rechazar en su totalidad o realizarle observaciones parciales:

El proyecto que aprueben ambas Cámaras pasará al Presidente de la República. Si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras y éstas insistieren en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito. Si el Presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras, las observaciones se entenderán aprobadas con el voto conforme de las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según corresponda de acuerdo con el artículo anterior y se devolverá al Presidente para su promulgación⁸.

Otro país que pese a que actualmente no permite la objeción del ejecutivo a actos de reforma constitucional, si en su momento dentro de su historia lo permitió, este es el caso de Ecuador, el cual, en la constitución de 1998 en su artículo 280 establecía que luego de que el acto reformatorio cumpliera con todos los requisitos de procedimiento este debería ir al presidente, quien estaba facultado para sancionarlo u objetarlo, lo anterior lo consagraba así el nombrado artículo "Una vez aprobado el proyecto, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su sanción u objeción, conforme a las disposiciones de esta Constitución"⁹. Cabe la aclaración que la nueva Constitución de Ecuador

del año 2008 no contiene esta facultad del ejecutivo, por el contrario, no condiciona el acto a su aprobación y le niega la función de publicarlo, ya que esta última fue encargada al Consejo Nacional Electoral.

3.2 Países y constituciones donde no procede la objeción presidencial a actos legislativos

Existen Constituciones que prohíben clara y explícitamente la objeción o veto presidencial a los actos legislativos, es este el caso de la Constitución del Perú, la cual en su artículo 206 expresa tácitamente que dichas reformas no podrán ser observadas por el Presidente de la República “(...) La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República (...)”¹⁰.

También la Constitución de la República de Venezuela prohíbe expresamente al presidente objetar las enmiendas o reformas constitucionales y limita su función frente a estos actos reformativos únicamente a su promulgación y lo consagra así el artículo 248 “El Presidente de la República no podrá objetar las enmiendas o reformas y estará obligado a promulgarlas dentro de los diez días siguientes a su sanción”¹¹.

De igual manera, la Constitución de Nicaragua prohíbe al Presidente de la República vetar las reformas del texto constitucional y lo establece así su artículo 194 “(...) El Presidente de la República promulgará la reforma parcial y en este caso no podrá ejercer el derecho al veto”¹².

Por otro lado, la Constitución Política de la República Dominicana, inicia su título XIV “De las reformas constitucionales” prohibiendo expresamente que algún poder o autoridad e inclusive aclamaciones populares puedan suspender una reforma constitucional, estableciéndolo así el artículo 267 “Reforma constitucional. La reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que

indica ella misma y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder o autoridad, ni tampoco por aclamaciones populares”, más adelante en el artículo 270, se encuentra una prohibición ya más específica a la intervención del presidente, esto en cuanto a la ley que convoca a la Asamblea Nacional Revisora, ente encargado de las reformas al texto constitucional, de la promulgación de dichas reformas o de convocar a referendo aprobatorio, y es clara la constitución en este artículo al establecer que dicha ley no podrá ser observada por el ejecutivo¹³.

En la misma forma, la Constitución de Bolivia prohíbe la intervención del ejecutivo en el proceso de aprobación de las reformas constitucionales, esto como lo establece su artículo 230 numeral 3 “La ley declaratoria de la reforma será enviada al Ejecutivo para su promulgación, sin que Éste pueda vetarla¹⁴” dejando así cerrada la posibilidad de que el presidente objete un acto legislativo o cualquier otro tipo de reforma a la Carta Política.

4. Conclusiones

El análisis de las normas constitucionales que regulan la reforma de la Constitución Política y del control de constitucionalidad de las mismas, permite llegar a la conclusión que no es procedente la objeción presidencial a los actos legislativos en Colombia ya que el control de constitucionalidad es competencia de la Corte Constitucional y la función del ejecutivo dentro del proceso de reforma se limita a la publicación de esta en el diario oficial. Además, la Corte Constitucional como máximo interprete auténtico de la Constitución y quien es responsable de garantizar su prevalencia e integridad en repetidas ocasiones, creando una línea jurisprudencial frente al tema, ha declarado la improcedencia de dicha objeción a un acto que reformara la constitución como lo es el acto legislativo, ya que la autonomía del Congreso de la República, en representación del pueblo, con un gran número de integrantes, donde se ve reflejada

la voluntad del constituyente primario debido a la democracia representativa, no se puede ver sujeta ni interrumpida por la del presidente.

En el caso puntual de la objeción a la reforma a la Justicia, se debe partir de que ésta era una reforma polémica, expertos la catalogaban como un colapso en la administración de justicia, donde se beneficiarían los grandes poderíos políticos del país que estaban siendo investigados por la justicia colombiana, reforma que podría dejar muchos procesos en la impunidad, con una peligrosidad latente para la institucionalidad, ya que el costo político era muy alto, pero era precisamente esta la disyuntiva, o pagar el precio político que implicaba dicha reforma, o sacrificar el derecho constitucional, transgrediendo la constitución, la expresión del constituyente primario, alterando la esencia de lo que rige la organización y funcionamiento del estado, desdibujando los límites del poder o función pública, y fue este en últimas el precio que decidió pagar el Presidente de la República, con una decisión de objetar un acto legislativo, donde se extralimitó en sus funciones como jefe de estado, desacató lo establecido por la Corte Constitucional al respecto, rompiendo con el sistema de división de poderes interviniendo en los asuntos propios del legislativo, quien para el caso concreto se reviste de la facultad de reformar la constitución, en nombre del pueblo que representa.

Por otro lado, el ejercicio de derecho comparado permite concluir que pese a que algunos países permitan o permitieron en un tiempo la objeción a las reformas constitucionales, el común denominador de las constituciones de América Latina es prohibir dicha actuación, otras constituciones ni siquiera contemplan dicha posibilidad y no lo tienen regulado y prohibido de una manera explícita, esto porque buscan mantener la integridad de sus textos constitucionales, respetar la voluntad del constituyente primario, brindar garantías de un ejercicio de reforma participativo y democrático dentro de los representantes del pueblo, y no sujetando dicho proceso a la voluntad última del ejecutivo, buscando que las reformas que se hagan a la Carta Política, representen verdaderamente la

voluntad del constituyente y que no se vean interrumpidas u obstaculizadas por una sola persona, que sería el Presidente de La República, manteniendo la división de poderes y funciones, garantizando estabilidad institucional y la supremacía de las Constituciones sobre todo el ordenamiento jurídico y el mismo Estado.

5. Bibliografía

LEGISLACIÓN

- Constitución de la República de Ecuador de 1998.
- Constitución de la República de Venezuela.
- Constitución Política de Colombia.
- Constitución Política de la República de Bolivia.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Constitución Política de la República de Costa Rica.
- Constitución Política de la República de Nicaragua.
- Constitución Política de la República Dominicana.
- Ministerio del Interior. (2012). Decreto Número 1351. Recuperado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/Junio/25/dec135125062012.pdf>
- Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia y del Derecho, Objeciones Reforma a la Justicia, 2012, Recuperado de <http://www.fenalco.com.co/sites/default/files/objecionesreformajusticia.doc>

JURISPRUDENCIA

- M.P, Calle, M V. *Auto 074 del 24 de abril de 2013*. Corte Constitucional.
- M.P, Cepeda, M. *Sentencia C-178 de marzo 14 de 2007*. Corte Constitucional.

M.P, Gaviria, C. *Sentencia C-543 de octubre 1 de 1998*. Corte Constitucional.

M.P, Pinilla, N. *Sentencia C-474 de julio 24 de 2013*. Corte Constitucional.

M.P, Pretelt, J I. *Sentencia C-524 de agosto 14 de 2013*. Corte Constitucional.

M.P, Vargas, C. *Sentencia C-208 de marzo 10 de 2005*. Corte Constitucional.

M.S, Palacio, J I. *Auto del 19 de julio de 2012*. Corte Constitucional.

Conto, S. (2012). *Demanda de Inconstitucionalidad*.

Conto, S. (2012). *Recurso de súplica, expediente D-9203*.

DOCTRINA:

M. LA ROTA, J.R. ESPINOSA, *¿Puede Santos devolver la reforma a la justicia?*, Colombia, 2012, Dejusticia, Recuperado de http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=1236

Rodrigo UPRIMNY, *La objeción presidencial a la reforma a la justicia*. Colombia. 2012, La silla vacía. Recuperado de <http://lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/34313/laobjecionpresidencial-la-reforma-la-justicia> Constitución Política del Perú.

Notas

* Ensayo ganador del SEGUNDO PUESTO en la duodécima versión del concurso nacional de ensayo (pregrado) OCTAVIO ARIZMENDI POSADA 2014, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

** Estudiante de cuarto semestre de Derecho en la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. ardarrio96@gmail.com

1 MININTERIOR, MINJUSTICIA. Objeciones reforma a la Justicia. Junio 25 de 2012. p. 13.

2 MININTERIOR, MINJUSTICIA. Objeciones reforma a la Justicia. Junio 25 de 2012, p. 2.

3 Decreto 1351 de 2012. Por el cual se convoca al Congreso de la República a sesiones extraordinarias. Junio 25 de 2012, p.2.

4 Constitución Política de Colombia. 1991. Art. 241. Competencia de la Corte Constitucional.

5 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C543 de 1998 (M. P. Carlos Gaviria Díaz. Octubre 01 de 1998).

6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C208 de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Marzo 10 de 2005).

7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C178 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Marzo 14 de 2007).



- 8 Constitución Política de la República de Chile. 1980. Art. 128.
- 9 Constitución Política de la República de Ecuador. 1998. Art. 280.
- 10 Constitución Política del Perú. 1993. Art. 206.
- 11 Constitución Política de la República de Venezuela. 1999. Art. 248.
- 12 Constitución Política de la República de Nicaragua. 1987. Art. 194.
- 13 Constitución Política de la República Dominicana. 2010. Art. 267, 270.
- 14 Constitución Política de la República de Bolivia. 2009. Art. 230.

Guantánamo: análisis jurídico del Tratado de relaciones Cuba-Estados Unidos*

Albert José Campo Camargo**

RESUMEN

El nacimiento del tratado de relaciones entre Cuba y Estados Unidos se remonta a los primeros días de la recién independizada República de Cuba, quienes fueron ayudados por Estados Unidos en su guerra independentista contra España. Posterior a la finalización de la guerra, el gobierno estadounidense decidió unilateralmente militarizar el territorio cubano para evitar que otro Estado lo colonizara, situación con la que Cuba no estuvo de acuerdo. Estados Unidos impuso como condición para que sus tropas se marcharan el incluir en la Constitución cubana la Enmienda denominada Platt. En virtud de esta enmienda, en 1903 fue firmado el tratado de relaciones cubano-americano que, entre otras cosas, le otorgó a Estados Unidos en arrendamiento la bahía de Guantánamo con la finalidad de instalar una base naval. El tratado fue subrogado en 1934, quedando solo con vigencia lo referente a la base naval de Guantánamo, estableciendo que para dar por terminado el tratado se requería del consentimiento de Estados Unidos. Al día de hoy, el tratado sigue vigente y Estados Unidos continúa ejerciendo la soberanía territorial sobre Guantánamo, aunque se sostiene que la *soberanía última* (*ultimate sovereignty*) la mantiene Cuba.

La polémica se ha agudizado a raíz de la creación del campo de prisioneros en la base naval, para albergar a los sospechosos de terrorismo. Estados Unidos no acepta la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, lo que dificulta la resolución pacífica de la controversia generada entre ambos Estados sobre la soberanía de Guantánamo, pese a la ausencia de aceptación de la jurisdicción de la CIJ por alguno de los Estados en la controversia, dos de los principios generales del derecho internacional público moderno, en particular, el *Rebus sic Stantibus* y el principio de autodeterminación como norma imperativa o *jus cogens*, estarían siendo quebrantados por el tratado.

ABSTRACT

The birth of treaty relations between Cuba and the United States dates back to the early days of the newly independent Republic of Cuba, who were helped by the U.S. in its independence war against Spain independence. After the end of the war, the U.S. government decided to militarize the Cuban territory to prevent that another State colonize it, situation that Cuba did not agree. United States put them as a condition for that his troops leave the territory that they include in its constitution the Platt

Amendment. Under this amendment, in 1903 was signed the treaty of Cuban-American relations that, among other things, granted to the U.S. the leased of the Guantánamo Bay in order to install a naval base. The treaty was subrogated in 1934, leaving only with validity the regard to Guantanamo Bay, stating that for terminating the treaty required the consent of the United States. Today the treaty is still valid and the United States continues to exercise sovereignty over Guantánamo, although Cuba remains with the ultimate sovereignty. The controversy has intensified following the creation of the prison camp at the naval base in order to host terrorism suspects. United States does not accept the jurisdiction of the International Court of Justice, which difficult the peaceful resolution of the controversy between the two countries over the sovereignty of Guantánamo, but in modern international law are consecrated a legal doctrine, in particular Rebus Sic Stantibus and the principle of self-determination as jus cogens or imperative norm, which would be violating the treaty.

PALABRAS CLAVE

Guantánamo, Tratado, Cuba, Estados Unidos, Derecho Internacional, Jus Cogens, Autodeterminación, Rebus Sic Stantibus, Corte Internacional de Justicia.

KEY WORDS

Guantanamo, Treaty, Cuba, United States, International Law, Jus Cogens, Self-determination, Rebus Sic Stantibus, International Court of Justice

SUMARIO

Introducción. 1. Naturaleza, historia y obligaciones del Tratado. 1.1. Fin de la guerra de indepen-

dencia cubana y primeros pasos de la República. 1.2. La enmienda Platt. 1.3. Firma del Tratado Cuba-Estados Unidos. 1.4. Época Moderna. 2. Posturas de las partes en la disputa por el dominio del territorio. 2.1. Estados Unidos. 2.2. Cuba. 3. Análisis de la validez del Acuerdo desde el derecho internacional público. 3.1. Estados Unidos y la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. 3.2. Jus cogens y el derecho a la libre determinación. 3.3. Rebus sic Stantibus. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Introducción

A día de hoy, y desde hace muchos años, acentuada desde hace diez años luego de la implementación de sus instalaciones como campo para prisioneros, existe polémica en torno a la base naval de Estados Unidos ubicada en la bahía de Guantánamo, que geográficamente hace parte del territorio cubano. Polémica que se ha acrecentado con posterioridad a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, debido a la política antiterrorista que el gobierno de Estados Unidos implementó, en donde todo individuo que era considerado como terrorista, es capturado, posteriormente trasladado y recluido en la base naval de Guantánamo, con su situación jurídica en el limbo, y en condiciones de encarcelamiento violatorias de derechos humanos.

En la presente ponencia no se pretende abordar la situación de los detenidos en la base naval de Guantánamo. La intención es, en primer lugar, abordar los hechos históricos que propiciaron la instalación de una base naval estadounidense en territorio cubano, por medio del análisis de las circunstancias que originaron el tratado de relaciones entre Cuba y Estados Unidos, y las obligaciones contenidas en dicho tratado.

En segundo lugar, realizar un análisis jurídico al mencionado tratado de relaciones entre Cuba y Estados Unidos, abordando el tema desde el punto de vista de principios generales que rigen

el derecho internacional público y el derecho internacional privado. En esta ponencia, siendo un avance de investigación, se tratará del análisis concerniente al derecho internacional público, dejando lo pertinente al derecho internacional privado para una posterior continuación de este escrito.

La metodología aplicada en la presente investigación consiste en, por un lado, una investigación histórica, plasmando el escenario político y social en que se firmó el tratado de relaciones entre Cuba y Estados Unidos, analizando los aspectos que rodearon la firma de tal Acuerdo, también aplicable a lo relacionado a las razones del por qué la Corte Internacional de Justicia carece de jurisdicción para solucionar el caso. Por otro lado, se trata de una investigación descriptiva toda vez que se busca describir los principales aspectos del Tratado cubano-estadounidense, para posteriormente relacionarlo con algunos de los principios generales del derecho internacional, además de establecer si a la luz del derecho internacional moderno, el Tratado firmado hace más de cien años puede carecer de validez jurídica. Y finalmente, se aplica la investigación documental, partiendo de la lectura de diversos textos, artículos y jurisprudencia, para agruparlos en el presente escrito.

1. Naturaleza, historia y obligaciones del Tratado

1.1 Fin de la guerra de independencia cubana y primeros pasos de la República

La historia moderna de la bahía de Guantánamo inicia cuando los españoles arribaron a sus costas en el siglo XXV. Al encontrarse situado en el extremo sureste de Cuba, servía como portal para el intercambio de esclavos. Posteriormente, en 1895

cuando, después de siglos bajo dominio español, los cubanos impulsaron una tercera guerra por la independencia, los líderes revolucionarios José Martí y el General Máximo Gómez desembarcaron por el oriente, cerca de la bahía de Guantánamo, para iniciar el levantamiento contra los españoles¹.

Más adelante, en 1898, Estados Unidos intervino en favor del movimiento anticolonial *Cuba libre*, por ello al inicio de la guerra los soldados estadounidenses desembarcaron en la bahía de Guantánamo, en donde se llevó a cabo una de las batallas claves de la guerra, y luego se mantuvieron allí al término de esta, cuya duración fue de aproximadamente tres meses. La guerra Hispano-Americana fue promocionada como una guerra de liberación para rescatar a los cubanos del imperio del viejo mundo, sin embargo, la rápida victoria contra España conllevó a la renuencia de los Estados Unidos de aceptar la independencia nacional de Cuba o de algún otro de los territorios cedidos por los españoles. Desde entonces, y durante los tres años venideros, Estados Unidos ocupó militarmente el territorio de Cuba con la finalidad de otorgarles a los cubanos un autogobierno, ocupación que solo finalizó cuando el gobierno de Estados Unidos forzó la introducción de una enmienda en la Constitución de la nueva república de Cuba².

1.2 La enmienda Platt

La enmienda Platt fue el resultado de las condiciones existentes en ese entonces en Cuba, ya que luego de cuatro siglos sometidos a la dominación española, Cuba era totalmente inexperta en la práctica del autogobierno. En aquel entonces los cubanos generalmente no eran educados en la práctica de políticas de autocontrol y tolerancia. En ese contexto, los que lucharon en la guerra de independencia no estaban dispuestos a dejar que otros cubanos, especialmente aquellos que se identificaban con el viejo régimen español, compartieran las responsabilidades del nuevo gobierno que estaba pronto a instaurarse en la isla³. En

vista de tal situación, Estados Unidos, que había participado en la guerra con los españoles con la finalidad de otorgarle la independencia a Cuba, se atribuyó una responsabilidad moral ante el mundo por las condiciones políticas que podrían desarrollarse en el nuevo estado independiente, y en vista de los acontecimientos que se desarrollaban en dicho país. Para algunos analistas, entre ellos Pedro Capo Rodríguez, la participación temprana o tardía de Estados Unidos en los asuntos internos de Cuba era casi obligatoria, con el propósito de mantener la ley y el orden, y, sobre todo, para prevenir el desarrollo de una serie de acontecimientos en la nueva República que a priori podrían ser altamente perjudicial para los intereses de los estadounidenses.

Así las cosas, la enmienda Platt fue inicialmente propuesta por Elihu Root, secretario de guerra durante el gobierno del presidente William McKinley, quien mediante carta de instrucciones enviada el 9 de febrero de 1901 al Mayor-General Leonard Wood, gobernador militar de Cuba, le explica la necesidad de contar con algunas disposiciones como la enmienda Platt en la ley fundamental de la república cubana, en los siguientes términos:

“Es claro que el gobierno al que transferiremos nuestras obligaciones temporales debe ser un gobierno basado en sufragios pacíficos de los cubanos, en representación de todo el pueblo y manteniendo su poder del pueblo, y con sujeción a las limitaciones y salvaguardas que la experiencia que un gobierno constitucional ha mostrado ser necesario para la preservación de los derechos individuales. (...) Este gobierno ha sido persistente (...) y esperamos verlo establecido y asumir el control en virtud de las disposiciones que deben ser adoptadas por la presente convención. (...) Sería difícil encontrar una sola declaración de política pública que ha sido oficialmente declarada tantas veces por tan grande y variedad de distinguidos americanos autorizados para hablar en nombre del gobierno de los es-

tados unidos, como la proposición indica, en diversos pero siempre intransigentes e inconfundibles términos, que los Estados Unidos, bajo ninguna circunstancia, permitirá que cualquier potencia extranjera distinta de España adquiera posesión de la isla de Cuba. Estados Unidos tiene, y siempre tendrá, el interés más vital en la preservación de la independencia que se ha asegurado para Cuba, y en la preservación de los habitantes de esa isla de la dominación y el control de cualquier poder extranjero. (...) Nos pusimos en una posición en la que, para nuestra propia protección, nos hemos convertido, por razones de la expulsión de España de Cuba, en garantes de la independencia de Cuba y en garantes de un gobierno estable y ordenado, protegiendo la vida y las propiedades en esa isla”⁴.

Sin embargo, está claro que todo tipo de intervención de los Estados Unidos en los asuntos internacionales de Cuba podrían estar abiertos a objeciones en razón de que se estaba violando la independencia y soberanía de Cuba, es por ello que la enmienda Platt fue el medio legal previsto para superar dichas objeciones, no solo con la finalidad de salvaguardar los intereses estadounidenses en Cuba, sino también, y especialmente, para la preservación de la independencia cubana y la conservación en la isla de un gobierno adecuado para la protección de la vida, la propiedad y las libertades individuales, y para cumplir con la obligación que respecto a Cuba le fue impuesta a los Estados Unidos por el Tratado de París⁵, ahora asumida y realizada por el gobierno de Cuba⁶.

Existe controversia al respecto de quien es el verdadero autor de esta enmienda. El senador Orville H. Platt, en carta a un amigo con fecha 18 de enero y en respuesta a un artículo de 1904 que le atribuyó la autoría de la enmienda a Elihu Root, afirmó ser el responsable del borrador original de cuatro proposiciones. Platt había sido el presidente del comité en las relaciones cubanas. El senador Platt murió en 1905, fecha en la que aún estaba en

duda el autor de la enmienda, fue entonces cuando el senador William E. Chandler preparó un manuscrito contando su versión acerca del cómo fue la génesis de la enmienda Platt, describiendo en forma detallada las dos reuniones informales de la mayoría de los miembros del comité cubano llevadas a cabo el 3 y el 10 de febrero de 1901. Al respecto Chandler narró que durante la segunda reunión “las ocho cláusulas fueron cuidadosamente elaboradas por el senador Platt y sometidas al comité completo el 25 de febrero”⁷. Esto mismo fue confirmado por, entre otros, el senador Shelby M. Cullom, presidente el comité de relaciones exteriores, cuando en 1911 en su autobiografía plasmó que “no solo en el nombre, sino en realidad [el senador Platt] fue el autor de aquellas muy sabias piezas de legislación conocidas como la Enmienda Platt”⁸. Según un sector de los senadores de Estados Unidos, la única contribución de Root fue insistir en que la enmienda debería ser escrita en la constitución cubana.

Por otro lado, están los autores quienes sitúan a Root como el autor de la enmienda. En 1900 Elihu Root realizó dos viajes a Cuba. En mayo 11 el departamento de la Marina de U.S. informó a Root de sus esfuerzos para situar una base en el este de Cuba, debido a su gran valor estratégico. Finalmente, la Marina decidió que “la Bahía de Guantánamo posee mayor ventaja para ese propósito y que la Punta Corinaso en ese puerto es el mejor sitio”⁹. Un año más tarde Root le escribió una carta al, por el entonces, secretario de Estado John Hay, en la cual plasmaba la primera enunciación formal del cómo deberían ser las condiciones a futuro, indicando además lo obligatoria que deberían ser. Root le sugirió a Hay que meditara las siguientes disposiciones: Primero, Estados Unidos se reserva y mantiene el derecho de intervenir en Cuba; segundo, Cuba no afectará su independencia a través de tratados o contratos con países extranjeros; tercero, Estados Unidos podrá adquirir bases; y cuarto, Cuba deberá validar los actos del gobierno militar¹⁰. El 8 de febrero, Root le presentó un memorando al gabinete convocado por el presidente

en donde plasmó los cuatro puntos anteriormente mencionados. Al día siguiente de la reunión con el gabinete, Root envió a Wood instrucciones que contenían los cinco artículos que el departamento ejecutivo creyó debía ser incorporado en la Constitución cubana, en donde, adicionalmente a los cuatro previos, se incluyó una nuevo punto que estipulaba que el gobierno cubano no podrá incurrir en deudas que excedan su capacidad de pago. Basado en dichas instrucciones, el comité Platt, en su segunda reunión, formuló las condiciones que luego serían promulgadas como ley (Eran similares, pero no idénticas). El 10 de febrero, el comité Platt simplemente discutió las disposiciones propuestas, las cuales posteriormente fueron tácitamente aprobadas y, al siguiente día, le enviaron al presidente su propia versión¹¹, siendo un total de ocho disposiciones. En síntesis, la enmienda Platt fue elaborada con ideas aportadas por Root, Wood, el comité Platt, y el presidente McKinley y su gabinete.

La enmienda fue debatida en Washington, por un lado por el secretario Root, y por el otro se encontraba una convención de cubanos liderados por Domingo Méndez Capote. El 26 de abril, Méndez objetó la cláusula que permitía la intervención de los Estados Unidos, argumentando que el tratado de París extendía la responsabilidad estadounidense solo hasta el periodo de ocupación militar, ante lo cual Platt categóricamente negó que la intención de la intervención de Estados Unidos era interferir con la independencia de Cuba mientras que Root respondió diciendo que la intervención solo ocurriría en los eventos de anarquía o de amenaza extranjera. La reunión finalizó luego de discutir temas económicos¹².

En junio 12 de 1901, la asamblea constitucional de Cuba decidió, por 17 votos contra 11, incorporar las 8 cláusulas de la enmienda Platt que fueron debatidas con anterioridad ante el congreso de Estados Unidos¹³. A raíz de esto, el 20 de mayo de 1902 el general Wood le transfirió el gobierno al presidente Tomás Estrada Palma, quien fue elegido por elección popular de los cubanos. La

transferencia de poder vino acompañada por el retiro del ejército y la marina de Estados Unidos que estaba presente en territorio cubano, el cual se llevó a cabo ese mismo día por órdenes del, recientemente elegido, presidente Theodore Roosevelt.

1.3 Firma del Tratado Cuba-Estados Unidos

Posteriormente, en 1903 el presidente de Cuba y el de los Estados Unidos firmaron un acuerdo bilateral para el arrendamiento de territorios destinados a funcionar como bases navales, o al abastecimiento de carbón. La Constitución de Cuba promulgada el 20 de mayo de 1902, preveía en su apéndice la enmienda Platt, que en su artículo VII estableció que “para poner en condiciones a los Estados Unidos de mantener la independencia de Cuba y proteger al pueblo de la misma, así como para su propia defensa, el Gobierno de Cuba venderá o arrendará a los Estados Unidos las tierras necesarias para el abastecimiento del carbón o bases navales en ciertos puntos determinados que se convendrán con el Presidente de los Estados Unidos”. De conformidad con lo establecido en el artículo I del acuerdo de 1903, dentro de esos terrenos se encuentra la bahía de Guantánamo, por la cual el gobierno de Estados Unidos se comprometió a pagar, en ese entonces, 2000 monedas de oros anuales.

Finalmente, las condiciones del acuerdo establecen igualmente que la *ultimate sovereignty* le pertenece a Cuba, es así que los Estados Unidos no conciben la permanencia en el país como violación a la soberanía territorial por estar efectivamente en un concepto temporal y bajo condiciones equitativas de contraprestaciones. De forma exacta el acuerdo estableció que “Los Estados Unidos reconocen la continuidad de la soberanía última de la República de Cuba sobre las zonas terrestres y marítimas precedentemente descritas, pero la República de Cuba permite a los Estados Unidos, para todo el

periodo en que ocuparán las mencionadas áreas en el sentido de este acuerdo, ejercitar la jurisdicción completa y el control sobre éstas”¹⁴.

Luego de varias intervenciones militares de Estados Unidos durante los primeros años del siglo veinte, con Cuba construyéndose sólidamente dentro de la órbita política y económica de los estadounidenses, las dos partes decidieron abrogar la enmienda Platt en 1934, al mismo tiempo que extendieron el arrendamiento de Guantánamo a perpetuidad, hasta que ambas partes estén de acuerdo en cancelarlo, o Estados Unidos abandonen unilateralmente la estación naval¹⁵.

1.4 Época Moderna

Las relaciones diplomáticas entre Cuba y Estados Unidos se debilitaron a finales de los años 50, durante la revolución cubana liderada por Fidel Castro, al punto que el 1 de enero de 1959 todo territorio cubano fuera de las fronteras de la base de Guantánamo, fue considerado límite infranqueable para los militares y civiles de Estados Unidos. Así mismo Cuba no aceptó más el pago anual que Estados Unidos hacía por el arrendamiento de la bahía. Cinco años más tarde, el 6 de febrero de 1964, Fidel Castro ordenó cortar todo suministro de agua y todas las vías de suministro. Desde entonces, la Bahía de Guantánamo se autosatisface con su propia agua y fuentes de energía. En el último cuarto del siglo XX, la base fue usada como zona de refugio para los cubanos y haitianos interceptados en alta mar.

Después de que Estados Unidos invadiera Afganistán como respuesta a los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, los prisioneros sospechosos de ser miembros o seguidores de Al Qaeda fueron llevados al campo X-Ray de Guantánamo, que inicialmente tuvo la finalidad de servir como un campo de detención temporal. En el 2002, el entonces presidente de Estados Unidos George W. Bush decidió convertir la base de

Guantánamo en la prisión central para sospechosos considerados combatientes enemigos ilegales en la guerra contra el terror. En abril de ese mismo año, el campo X-Ray fue remplazado por una nueva prisión llamada campo Delta, que ya no tenía el carácter de ser provisional sino permanente, en la cual podían acomodar a 2.000 prisioneros.

2. Posturas de las partes en la disputa por el dominio del territorio

2.1 Estados Unidos

La posición mantenida por los Estados Unidos se basa en que considera el Acuerdo como un arrendamiento perpetuo, debido a que el artículo primero (1) del Acuerdo de 1903, así como también el artículo primero (1) del Tratado de 1934, establecen que el arrendamiento podrá ser revisado o terminado solo por mutuo acuerdo. Esta es la posición que sostienen en sus sentencias las Cortes de Distrito y de Circuito de los Estados Unidos, que interpretan el acuerdo de arrendamiento como perpetuo, en donde Cuba posee la soberanía última y Estados Unidos la jurisdicción completa¹⁶.

Al tratar el tema de la validez del arrendamiento, Estados Unidos sostiene una teoría positivista, insistiendo en que la duración del mismo es abierta y que solo puede ser terminado por mutuo acuerdo entre ambas partes. Esto acarrea como consecuencia que durante el tiempo que Estados Unidos se niegue a otorgar su consentimiento para la terminación del tratado, seguirá ejerciendo en forma efectiva su pleno control y jurisdicción sobre el territorio en disputa.¹⁷

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, así como la Corte Federal, se han pronunciado en diversas ocasiones respecto al tema de Guantána-

mo. El gobierno americano considera que Estados Unidos tiene un total control militar y civil sobre la bahía de Guantánamo¹⁸.

Ninguna Corte Cubana tiene jurisdicción para escuchar las peticiones de los internos en Guantánamo, en ese mismo sentido, tampoco se aplicará en el mencionado territorio ninguna ley diferente a las de Estados Unidos.¹⁹ Para el gobierno de Estados Unidos, mientras siga acatando las obligaciones contenidas en el tratado con Cuba, para todos los propósitos prácticos, responderá ante ningún otro Estado soberano por sus actos en la base²⁰.

La posición del gobierno de Estados Unidos es que Cuba mantiene la soberanía, en sentido legal y técnico, sobre Guantánamo²¹, debido a que los Estados Unidos, al momento de firmar el contrato de arrendamiento con Cuba, declinó adquirir una soberanía formal²².

La base naval ubicada en Guantánamo, que Estados Unidos ocupa bajo el régimen de arrendamiento y tratado, reconoce la soberanía última de Cuba, pero otorgando a aquel país una plena jurisdicción y control por tanto tiempo como el que permanezca en las áreas arrendadas. Por lo expresamente señalado en sus acuerdos con Cuba, Estados Unidos ejerce una plena jurisdicción y control sobre la Bahía de Guantánamo, y puede continuar haciéndolo de forma permanente si así lo decide²³.

Cuando la Corte estadounidense establece que la soberanía es una cuestión política, no se está refiriendo a la soberanía general, en un sentido coloquial, es decir, al ejercicio del dominio o poder; pero si se refiere a la soberanía en un sentido estricto, refiriéndose al sentido legal del término, es decir, la reclamación de un derecho. Agrega la misma Corte que no es del todo infrecuente que un territorio este bajo la soberanía *de jure* de un Estado, mientras que está bajo el control pleno, o soberanía práctica de otro. Siguiendo esta línea, la Corte también acepta la posición del gobierno estadounidense en el entendido de que es Cuba quien retiene la soberanía *de jure* sobre la Bahía

de Guantánamo, así como también mantiene que es un hecho indiscutible que Estados Unidos, en virtud de su plena jurisdicción y control sobre la base naval, mantiene la soberanía *de facto* sobre el mencionado territorio²⁴.

2.2 Cuba

El artículo 11 de la Carta Fundamental consagra que el Estado cubano ejerce su soberanía sobre todo el territorio nacional, incluyendo el mar territorial y el espacio aéreo, así mismo deja en claro que la República de Cuba “repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía y su integridad territorial”²⁵.

Se recogen las palabras del jurista cubano, experto en derecho internacional, Fernando Álvarez Tabío, que resume la posición de Cuba respecto a la situación legal de la bahía de Guantánamo de la siguiente forma: “El contrato de arrendamiento a perpetuidad de los terrenos y mar territorial que integraban la base de Caimanera [Municipio de la provincia de Guantánamo], carece de existencia legal y validez jurídica, está viciado en sus elementos esenciales: a) Incapacidad Radical del Gobierno de Cuba para ceder a perpetuidad un pedazo del territorio nacional; b) Por la misma razón el objeto y la causa son ilícitos; c) el consentimiento fue arrancado mediante violencia moral irresistible e injusta (...) Un tratado inconstitucional y nulo de eficacia jurídica, no confiere derechos, no impone obligaciones, no proporciona protección, carece de imposibilidad inexorable; es, desde el punto de vista legal, tan inoperante como si nunca se hubiera sancionado”²⁶.

Un estudio realizado en el Instituto de Historia de Cuba, sugiere que Estados Unidos partió de la idea de que los cubanos, recién independizados,

no iban a ser capaces de gobernarse por sí mismos, por lo que en la primera Constitución de la República de Cuba, los estadounidenses lograron que se anexara la ya reseñada enmienda Platt, la cual los facultó para intervenir en los asuntos internos de Cuba. Visión que a día de hoy, aún se mantiene en la mayoría de cubanos²⁷.

En forma consistente, Cuba ha expresado que la presencia de Estados Unidos en Guantánamo se trata de una ocupación ilegal. Por ejemplo, el 14 de junio de 2002, en una declaración ante la Asamblea General de Naciones Unidas, Cuba le exigió al gobierno de Estados Unidos, devolver la Bahía de Guantánamo debido a que, para ellos, dicho territorio fue usurpado ilegalmente en contra de los deseos de sus habitantes. Para Cuba, “La enmienda Platt, que le concedió a los Estados Unidos el derecho de intervenir en Cuba, fue impuesta en el texto de nuestra Constitución de 1901 como un prerrequisito para que las tropas estadounidenses se retiraran del territorio cubano. De conformidad con esta cláusula, el mencionado acuerdo de carboneras y estaciones navales fue firmado en febrero de 1903 (...) A su debido momento, el territorio ilegalmente ocupado de Guantánamo debe ser devuelto a Cuba”²⁸.

En 1959, el gobierno cubano encabezado por Fidel Castro, le informó a los Estados Unidos el deseo de dar por termina el Acuerdo, razón por la cual, Cuba desde entonces no ha cobrado los cheques pagados con motivo del arrendamiento. Vale la pena decir que los mencionados cheques se giran a favor Tesorero General de la República de Cuba, función que, junto a la institución a la que pertenecía, hace muchos años no son parte de la estructura del gobierno cubano. Para ser exactos, Fidel castro afirma que desde 1960 se dejaron de cobrar los cheques, los cuales “quedan como constancia de un arrendamiento impuesto”²⁹.

3. Análisis de la validez del Acuerdo desde el derecho internacional público

La teoría de los tratados desiguales³⁰ fue utilizada en la negociación del canal de Panamá en 1977, que le devolvió la soberanía sobre el mismo a Panamá en enero del 2000. De igual manera, basado en esta teoría, fue como Portugal le devolvió Macau a China en 1999. Todos, al igual que ocurre con la Bahía de Guantánamo, fueron otorgados en perpetuidad

En el caso del canal de Panamá, como resultado del Tratado Hay-Bunau-Varilla, Estados Unidos adquirió el derecho para construir y mantener el canal de Panamá. En virtud del mencionado tratado se le otorgó al gobierno estadounidense, no solo la jurisdicción y el control sobre el territorio que componía el canal de Panamá, sino también la plena soberanía sobre el mismo³¹. Los panameños estaban insatisfechos con los términos del tratado de 1903, y las circunstancias en las cuales fue concertado. El argumento de Panamá se basaba en que el tratado se les fue impuesto en contra de sus intereses, y el mismo era incompatible con los nuevos principios del derecho internacional³². Todo esto conllevó a que en 1977, el entonces presidente de los Estados Unidos Jimmy Carter, firmara el nuevo tratado del Canal de Panamá, que estableció el regreso del canal a soberanía de Panamá en el año 2000³³.

3.1 Estados Unidos y la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia

Previamente a adentrarnos a analizar la legalidad del tratado de relaciones entre Cuba y Estados Unidos, nos referiremos a la situación de este

último Estado frente a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

El 27 de junio de 1986, la Corte Internacional de Justicia (CIJ en adelante) dictó sentencia de fondo en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua, resumido como Nicaragua vs Estados Unidos. En ese entonces la Corte Internacional de Justicia basó su competencia en que el 14 de agosto de 1946 Estados Unidos realizó una declaración en donde aceptaba la competencia de la Corte³⁴, sustentando en que los artículos 36.2 y 36.5 del Estatuto de la Corte establece que “Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte (...)” y “Las declaraciones hechas de acuerdo con el Artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que estén aún vigentes, serán consideradas, respecto de las partes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia”³⁵.

En la mencionada sentencia, la CIJ decidió que Estados Unidos “al entrenar, armar, equipar, financiar y abastecer a las fuerzas contras, o al estimular, apoyar y ayudar por otros medios las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, han actuado (...) infringiendo la obligación que les incumbe con arreglo al derecho internacional consuetudinario de no intervenir en los asuntos de otros Estados”. De igual forma decidió que Estados Unidos, al realizar ciertos ataques en territorio nicaragüense, infringió “la obligación (...) de no usar la fuerza en contra de otro Estado”. A raíz de esta condena en su contra, Estados Unidos decidió, en ese mismo año, retirarse de la competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia.

Con posterioridad a 1986, data una condena de la CIJ en contra de Estados Unidos en el año 2004. Se trata del caso Avena y otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos de América), en donde México demandó que EEUU

por violar la convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, basando su competencia en el artículo I del protocolo de firma facultativa sobre jurisdicción obligatoria para la solución de controversia que acompaña a la convención de Viena.

Como consecuencia de la anterior condena, para el año 2005 Estados Unidos se retiró del protocolo de firma facultativa sobre jurisdicción obligatoria para la solución de controversia en caso de que una de las partes hubiese violado lo contenido en la convención de Viena de 1963. Desde entonces, Estados Unidos ha sido muy cuidadoso con los tratados que ratifica, y los protocolos de firma facultativa, asegurándose de no concederle competencia a la Corte Internacional de Justicia u otra Corte de índole internacional, en caso de una controversia con otro Estado, o en su defecto, estableciendo reservas, con la misma finalidad.

3.2 Jus cogens y el derecho a la libre determinación

Luego de la segunda Guerra mundial, en el contexto de los múltiples procesos de descolonización que se estaban llevando a cabo, el principio de autodeterminación surgió como *jus cogens*³⁶. El artículo 64 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (en adelante Convención de Viena) establece que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”³⁷.

Además, el artículo 71 consagró que un Tratado será nulo por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, traerá como consecuencia, entre otras, la de eximir a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo con el tratado. Además, los derechos y obligaciones hayan sido adquiridos con anterioridad, solo podrán seguir ejecutándose si no se contraría la norma imperativa³⁸.

Los tratados que violan el principio de autodeterminación, se caracterizan porque muchos de ellos fueron impuestos por naciones fuertes hacia naciones débiles en la época del imperialismo y el colonialismo. A estos Tratados les cabe la posibilidad de ser considerados inválidos, si se puede demostrar que se ha violado una norma *jus cogens*³⁹.

Todo lo anterior hay que complementarlo con lo establecido en la Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales, dictada el 14 de diciembre de 1960 por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴⁰. La mencionada declaración trata sobre el tema de la libre determinación de los pueblos, la cual, para la Asamblea General, se constituye en una de las bases para poder “crear condiciones de estabilidad y bienestar y relaciones pacíficas y amistosas” entre los Estados. Según se muestra en los procesos de descolonización, la autodeterminación de los pueblos es una norma imperativa⁴¹.

El artículo segundo de la Declaración consigna que todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación, lo que les permite a los Estados perseguir en forma libre su desarrollo económico, social y cultural. Así mismo, el artículo sexto agrega que todos aquellos actos que conlleven a quebrantar, ya sea en forma parcial o total, la integridad territorial de un país, es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. También el artículo séptimo en su parte final que todos los Estados deberán respetar lo establecido en cuanto al “respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial”.

3.3 Rebus sic stantibus

La cláusula *Rebus sic stantibus*, también llamada *el cambio fundamental de las circunstancias*, otorga a un Estado la posibilidad de invocarla para probar la validez de los Tratados cuya fecha data desde la época colonial⁴². Esta teoría se ha utilizado, no

solo en base a la justicia, sino también cuando un Tratado no se encuentra en conformidad con las condiciones actuales del mundo⁴³.

El artículo 62 de la Convención de Viena de 1969 consagra que un cambio fundamental en las circunstancias ocurridas con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un Tratado, y que no fue previsto por las partes, solo podrá alegarse como causa para dar por terminado o retirarse de él sí: a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

Ya se ha hablado de las circunstancias históricas que dieron pie a que existiera el tratado de relaciones entre Cuba y Estados Unidos. Cuba venía de terminar la guerra de independencia con España, en la cual intervino a su favor Estados Unidos, quien sintió que era su deber internacional velar por la protección de la recién creada República de Cuba.

Así, como ya se ha mencionado con anterioridad, Estados Unidos justificó la introducción de la enmienda Platt a la constitución de Cuba, en ese deber internacional que sentía por proteger a Cuba de que algún otro Estado pretendiera invadirlo y colonizarlo nuevamente, por esto se decidió firmar el acuerdo entre ambos países en virtud del cual Cuba le arrendó la bahía de Guantánamo a los estadounidenses, para que estos instalaran su base naval y así poder defender a Cuba de los posibles ataques de terceras naciones, sin necesidad de ocupar militarmente todo el territorio cubano.

Trasladándonos a épocas más recientes, sobre todo desde el triunfo de la revolución liderada por Fidel Castro, observamos que Cuba es un país que es más que autosuficiente en temas de defensa nacional, que en principio, no está en riesgo de ser invadido por una nación extranjera. Además, ya no se trata de una nueva república que acaba de

reclamar su independencia, sino de un Estado con más de 100 años de vida Republicana. También hay que agregar, que desde hace varias décadas la relación entre los gobiernos de ambos países resulta ser tensa, debido a esto es factible inferir que Estados Unidos no está actuando por aquel deber internacional que sentía de proteger a Cuba de otras naciones que pretendan invadirla, riesgo de invasión que, todo sea dicho de paso, a día de hoy no existe.

Por otra parte nos encontramos ante el hecho de que el arrendamiento de un territorio donde se va a instalar una base militar de un país extranjero, está condicionado a que las relaciones entre ambos países sean cordiales, y en Cuba sucedió que con el triunfo de la revolución, llegó al poder un nuevo gobierno soberano que desde el principio se opuso al tratado de arrendamiento, y en general, al gobierno estadounidense. Lo cual conllevó a que en territorio cuya soberanía le pertenece a Cuba, haya presencia de una nación hostil, lo que resulta contrario a la concepción moderna de soberanía y de igualdad soberana de los Estados. Resulta contradictorio que el país que ha impuesto un bloqueo económico a Cuba por más de 40 años, insista en que tiene derecho a permanecer en territorio cuya soberanía pertenece a este último⁴⁴.

Así las cosas, es evidente que las circunstancias de hecho y el contexto que, según lo dicho por Estados Unidos, siendo las razones en que se fundamentó para crear la enmienda Platt; permitieron que Cuba otorgara su consentimiento para la firma del tratado de arrendamiento, a día de hoy son inexistentes y por tanto es viable la aplicación del *rebus sic stantibus*.

El principal argumento en contra de esta teoría radica en que Estados Unidos no ha ratificado el convenio de Viena sobre tratados, limitándose solo a firmarlo en 1970. Sin embargo, acudiendo a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, donde se dice que “si una modificación fundamental de las circunstancias que indujeron a las partes a aceptar un tratado, transforma radical-

mente la amplitud de las obligaciones asumidas, ese hecho puede, con ciertas condiciones, proporcionar a la parte afectada la base para invocar la cancelación o suspensión del tratado”⁴⁵.

Para la CIJ el derecho internacional admite que un cambio fundamental en las circunstancias que determinaron a las partes a firmar un tratado, si dicho cambio resulta en una transformación radical en el alcance de las obligaciones impuestas en él, puede, bajo determinadas condiciones, facultar a la parte afectada para invocar la terminación o suspensión del tratado. Este principio, y las condiciones y excepciones a las cuales está sujeto, están consagrados en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el cual puede, en muchos aspectos, ser considerado como una codificación de derecho consuetudinario existente sobre el tema de la terminación de un tratado con relación a la causal denominada cambio de circunstancia o *Rebus sic stantibus*⁴⁶.

4. Conclusiones

Luego de haber realizado en análisis jurídico del tratado de relaciones entre Cuba y Estados Unidos que propició la instalación de la base naval estadounidense ubicada en Guantánamo, es posible concluir que a la luz del derecho internacional público, ante el tratado se puede invocar la aplicación del principio *Rebus Sic Stantibus*, que según la Corte Internacional de Justicia, a pesar de que nace de la Convención de Viena de 1969, hace parte del derecho consuetudinario.

De la reseña histórica que se hizo en esta ponencia, es factible afirmar que en aquel entonces se firmó el tratado con la finalidad de colocar a Estados Unidos en una situación ideal para poder mantener y defender la independencia de la recientemente creada República de Cuba, por medio del arrendamiento de la bahía de Guantánamo que le permitió a Estados Unidos instalar una base naval. Pero desde entonces, Cuba ha sufrido

cambios históricos importantes, iniciando por una revolución que llevó al poder a Fidel Castro, quien desde el principio se opuso a que Estados Unidos tuviera el dominio de una parte del territorio cubano. Es evidente que la relación cordial que existía entre ambos Estados al momento de la firma del tratado, se ha deteriorado considerablemente al punto que el gobierno de Cuba se niega a aceptar el pago por el arrendamiento, ante lo cual, el sentido común indica que no es lógico que un Estado mantenga una base naval, con todos sus componentes militares, en territorio de un Estado con el que mantiene una relación internacional tensa.

De igual forma, como se dijo en ese entonces, los hechos que dieron pie a que Estados Unidos, según sus palabras, instalaran una base naval en Cuba, hoy en día han desaparecido ya que han pasado más de cien años desde la independencia de Cuba, que cuenta militarmente con un poder defensivo autosuficiente para confrontar cualquier intento de invasión a su territorio, y por tanto pierde sentido que siga existiendo la base naval que se encuentra en Guantánamo, en virtud del principio del *Rebus Sic Stantibus*.

Por otro lado, el principio de la autodeterminación o libre determinación de los pueblos, se ha constituido para el derecho internacional público como *Jus Cogens*, y por ende gana el estatus de norma imperativa para todos los países, con lo que habiendo un tratado que entra en confrontación con dicho principio, como lo hace el tratado entre Cuba y Estados Unidos, se convierte en nulo, así mismo, las partes quedan eximidas de seguir cumpliendo con las obligaciones del tratado. Máxime si a esto se le agrega que el tratado también es violatorio de la Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales, en donde se le prohíbe a los Estados interferir en la integridad territorial de un país.

Habiendo comprobado que el tratado de relaciones entre Estados y Cuba contraría los principios establecidos en el derecho internacional público, y que por ende se debe declarar nulo y

carecer de validez jurídica, surge el inconveniente de que no existe una Corte Internacional ante la cual demandar a Estados Unidos, debido a que este Estado no acepta la Jurisdicción de la Corte Internacional. Por tanto la solución más factible, acudiendo al precedente del caso del canal de Panamá, es exhortar a ambos países a una negociación en la cual se le devuelva la plena soberanía a Cuba sobre la bahía de Guantánamo, en vista de que, como en aquel caso, este tratado resulta ser incompatible con los principios del derecho internacional público moderno.

5. Bibliografía

JURISPRUDENCIA

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Boumediene v. Bush*

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Coalition of Clergy v. Bush*

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Rasul et al. v. Bush*

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Fishes jurisdiction case (United Kingdom v. Iceland)*, Jurisdiction of the Court.

TRATADOS

CONSTITUCIÓN de la República de Cuba de 1992.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Estatuto.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, Nicaragua vs Estados Unidos, Competencia y admisibilidad; Caso Relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías. (República Reino Unido contra Islandia)*, Competencia de la Corte, Fallo de 2 de febrero de 1973.

CONVENCIÓN DE VIENA sobre el derecho de los tratados de 1969.

DOCTRINA:

Georges M., ABI-SAAB. "The Newly Independent States and the Rules of International Law: An Outline".

Pedro, CAPO-RODRÍGUEZ. "The Platt Amendment". *The American Journal of International Law*, Vol. 17, No. 4, Oct., 1923.

Fidel, CASTRO. "El imperio y la isla independiente". *Diario Granma, Reflexiones del Comandante en Jefe*, 14 de agosto del 2007.

Fidel, CASTRO. "Fidel Castro Speeches: 1984-85", New York: Pathfinder Press.

Soraya M., CASTRO MARIÑO. "El Conflicto Cuba-Estados Unidos: Notas sobre su Estado Actual", Instituto de Historia de Cuba, 2001.

William E., CHANDLER. "Senator Platt and the Platt Amendment", 1906.

Shelby M., COLLUM. "Fifty years of public service". *Personal Recollections of Shelby M. Collum, Senior United State Senator from Illinois*, 1911.

Lejeune, CUMMINS. "The Formulation of the "Platt" Amendment", *Academy of American Franciscan History*, 1967.

Cosme, DE LA TORRIENTE. "The Platt Amendment", *Council on Foreign Relations, Foreign Affairs*. Vol. 8, No. 3, 1930.

Alfred, De ZAYAS. "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", *The Douglas McK. Brown lecture, University of British Columbia*, 2003.

Alfred, De ZAYAS. "United States: Dependent Territories", *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV.



DECLARACIÓN DE LA ONU sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales.

Tommaso Edoardo, FROSINI. "El estado de derecho se ha detenido en Guantánamo", Universidad de Sassari, 2006.

GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS, "Necessity of ending the economic, commercial and financial embargo imposed by the United States of America against Cuba", Resolution No. A/RES/58/7, 2003

György, HARASZTI. "Treaties and the Fundamental Change of Circumstances".

Manuel, HEVIA FRASQUIERI. "El gigante de las siete leguas: Las agresiones de EEUU contra América Latina", Centro de investigaciones históricas de la seguridad del Estado, 2011.

Chesney, HILL. "The Doctrine of Rebus Sic Stantibus in International Law", Columbia: The University of Missouri.

Amy, KAPLAN. "¿Where is Guantánamo?", Johns Hopkins University Press, 2005.

Nancy, KONTOU. "The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law", Oxford: Clarendon Press.

Oliver J., LISSITZYN. "Treaties and Changed Circumstances".

Werner, MORVAY. "Unequal Treaties", Encyclopedia of Public International Law, Vol. IV.

Fariborz, NOZARI. "Unequal Treaties in International Law", Institute of International Law of the University of Stockholm

Daniel P., O'CONNELL. "International Law", 2nd ed., vol. 1.

Covery, OLIVER. "Historical Development of International Law: Contemporary Problems of Treaty Law".

Charles S., OLCOTT. "The life of William Mckinley", Houghton Mifflin Company, 1916.

PUBLIC AFFAIRS STAFF, "The History of Guantanamo Bay", U.S. Naval Station of Guantanamo Bay, vol. I.

Elihu, ROOT. "The military and colonial policy of the united states", 1916.

Shabtai, ROSENNE. "The Law of Treaties: A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention"

Sir Ian M., SINCLAIR. "The Vienna Convention on the Law of Treaties", Manchester University Press.

Georg, SCHWARZENBERGER. "Cláusula rebus sic stantibus" Encyclopedia of Public International Law, Vol. I, Amsterdam: North Holland Publishers.

TORRIJOS-CARTER TREATIES, between United States and Panama

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Official Records, 17th Session.

-
- * Ensayo ganador del TERCER PUESTO en la duodécima versión del concurso nacional de ensayo (pregrado) OCTAVIO ARIZMENDI POSADA 2014, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.
- ** Estudiante de noveno semestre de Derecho en la Universidad Católica de Colombia. albert.campo@hotmail.com
- 1 Amy KAPLAN, “¿Where is Guantánamo?”, Johns Hopkins University Press, 2005. Recuperado de: <http://search.proquest.com/docview/223316714?accountid=45660P>, p. 834. Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2013.
 - 2 Ibidem, p. 835.
 - 3 Pedro CAPO-RODRÍGUEZ, “The Platt Amendment”. *The American Journal of International Law*, Vol. 17, No. 4, Oct., 1923, p. 762. Recuperado de: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/2188666?uid=3737808&uid=2&uid=4&sid=21104038964557>. Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2013.
 - 4 Elihu ROOT “The military and colonial policy of the united states”. 1916, pp. 209-211. Citado en Pedro CAPO-RODRÍGUEZ, Op. Cit.
 - 5 Tratado de París de 1898 firmado y ratificado por España y Estados Unidos. Propició la independencia de Cuba respecto a España.
 - 6 Pedro CAPO-RODRÍGUEZ. Op cit., p. 764.
 - 7 William E. CHANDLER, “Senator Platt and the Platt Amendment”, 1906, Citado en Lejeune CUMMINS, “The Formulation of the “Platt” Amendment”, *Academy of American Franciscan History*, 1967. Pp. 370-389. Recuperado de: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/980495?uid=3737808&uid=2&uid=4&sid=21104039950327>. Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2013.
 - 8 Shelby M. COLLUM. “Fifty years of public service”. *Personal Recollections of Shelby M. Collum, Senior United State Senator from Illinois, 1911*, p. 216, Citado en Lejeune CUMMINS, Op. Cit.
 - 9 Lejeune CUMMINS. Op. Cit. p. 379.
 - 10 Ibidem, p. 381.
 - 11 Charles S. OLCOTT, “The life of William Mckinley”, Houghton Mifflin Company, 1916, pp. 211-212. Recuperado de: <https://archive.org/details/lifeofwilliammck000237mbp>. Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2013.
 - 12 Lejeune CUMMINS. Op. Cit. p. 388.
 - 13 Cosme DE LA TORRIENTE, “The Platt Amendment”, *Council on Foreign Relations, Foreign Affairs*. Vol. 8, No. 3, 1930, p. 369. Recuperado de: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/20030290?uid=3737808&uid=2134&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21104039950327>. Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2013.

- 14 La lectura del contrato puede leerse en su totalidad en el siguiente link http://avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba002.asp ; y en Public Affairs Staff, U.S. NAVAL STATION of Guantanamo Bay, "The History of Guantanamo Bay", vol.I, cap.3, citado en Tommaso Edoardo FROSINI, "El Estado de derecho se ha detenido en Guantánamo", Universidad de Sassari, 2006. Recuperado de: http://eprints.uniss.it/241/1/Frosini_T_Articolo_2006_Estado.pdf. Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2013.
- 15 Amy KAPLAN. Op. Cit., p. 836.
- 16 Supreme Court of the United States. Coalition of Clergy v. Bush, No. 02-1155. 2002.
- 17 Alfred de ZAYAS, "United States: Dependent Territories", Encyclopedia of Public International Law, Vol. IV, 1992, pp. 1204-1213, citado en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", The Douglas McK. Brown lecture, University of British Columbia, 2003. Recuperado de: http://www.alfreddezayas.com/Articles/GUANTfaz_en.doc. Fecha de consulta: 4 de mayo de 2014.
- 18 Supreme Court of the United States, BOUMEDIENE v. BUSH, No. 06-1195, (12 de Junio de 2008), p. 3.
- 19 *Ibidem*, p. 21.
- 20 *Ibidem*, p. 41.
- 21 *Ibidem*, p. 4.
- 22 *Ibidem*, p. 5.
- 23 Supreme Court of the United States, RASUL et al. v. BUSH, No. 03 – 334, (28 de Junio de 2004).
- 24 Supreme Court of the United States, BOUMEDIENE v. BUSH, Op. Cit., p. 24.
- 25 Constitución de la República de Cuba, 1992. Esta Constitución proclamada el 24 de febrero de 1976, contiene las reformas aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular en el XI Período Ordinario de Sesiones de la III Legislatura celebrada los días 10, 11 y 12 de julio de 1992.
- 26 Manuel HEVIA FRASQUIERI, "El gigante de las siete leguas: Las agresiones de EEUU contra América Latina", Centro de investigaciones históricas de la seguridad del Estado, 2011, p. 92. Recuperado de: <http://www.cubadebate.cu/libros-libres/2012/06/15/el-gigante-de-las-siete-leguas-las-agresiones-de-eeuu-contra-america-latina/#.U3n5IPi5OSo>. Fecha de consulta: 4 de mayo de 2014.
- 27 Soraya M. CASTRO MARIÑO. "El Conflicto Cuba-Estados Unidos: Notas sobre su Estado Actual", Instituto de Historia de Cuba, 2001, p. 6. Recuperado de: <http://www.uh.cu/centros/ceseu/BT%20-%20Estados%20Unidos%20y%20los%20Procesos%20Sociopol%EDticos/ISC06.pdf>. Fecha de consulta: 4 de mayo de 2014.
- 28 Fidel CASTRO, "Fidel Castro Speeches: 1984-85", New York: Pathfinder Press, 1985, pp. 99-100. Citado en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", Op. Cit.
- 29 Fidel CASTRO. "El imperio y la isla independiente". Diario Granma, Reflexiones del Comandante en Jefe, 14 de agosto del 2007. Recuperado de: <http://www.granma.cu/granmad/secciones/reflexiones/esp-042.html>. Fecha de consulta: 4 de mayo de 2014.

- 30 Fariborz NOZARI, "Unequal Treaties in International Law", Institute of International Law of the University of Stockholm, 1971; Werner MORVAY, "Unequal Treaties", in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV (Amsterdam: North Holland Publishers, 1992) p. 1008; Citado en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", Op. Cit.
- 31 Hay-Bunau-Varilla Treaty. The Article 11, granted the United States "in perpetuity the use, occupation and control of a zone of land and land under water for the construction, maintenance, operation, sanitation and protection" of the Panama Canal. Article 111 granted "all the rights power and authority ... which the United States would possess and exercise as if it were the sovereign ... to the entire exclusion of the exercise by the Republic of Panama of any such rights, power or authority". Citado en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", Op. Cit.
- 32 United Nations General Assembly Official Records, 17th Session, Plenary Meetings, 113 (1962). Citado en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", Op. Cit.
- 33 Torrijos-Carter Treaties, United States and Panama, 7 September 1977, Citado en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", Op. Cit.
- 34 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, Nicaragua vs Estados Unidos, Competencia y admisibilidad. Fallo de 26 de noviembre de 1984, p. 190. Recuperado de: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf. Fecha de consulta: 4 de mayo de 2014.
- 35 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Estatuto, artículo 36. Recuperado de: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>. Fecha de consulta: 16 de mayo de 2014.
- 36 Sir Ian M. SINCLAIR, "The Vienna Convention on the Law of Treaties", Manchester University Press, 1973; Shabtai ROSENNE, "The Law of Treaties: A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention", 1970, citados en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", Op. Cit.
- 37 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, artículo 64.
- 38 Ibidem, artículo 71.
- 39 Daniel P. O'CONNELL, "International Law", 2nd ed., vol. 1, p. 245, citado en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", Op. Cit.
- 40 Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Aprobada por la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960.
- 41 Nancy KONTOU, "The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law", Oxford: Clarendon Press, 1994; In the *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, [1995] I.C.J. Rep. 90 at 102, the International Court of Justice elaborated on the concept of *erga omnes* duties, expanding these to encompass the right of self-determination; citados en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", Op. Cit.



- 42 Georg SCHWARZENBERGER, "Clausula rebus sic stantibus" in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, Amsterdam: North Holland Publishers, 1992, p. 611, citado en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", Op. Cit.
- 43 Georges M. ABI-SAAB, "The Newly Independent States and the Rules of International Law: An Outline", 1962; Chesney HILL, "The Doctrine of Rebus Sic Stantibus in International Law", Columbia: The University of Missouri, 1934; Oliver J. LISSITZYN, "Treaties and Changed Circumstances", 1967; György HARASZTI, "Treaties and the Fundamental Change of Circumstances", 1975; Covey OLIVER, "Historical Development of International Law: Contemporary Problems of Treaty Law", 1955, citados en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", Op. Cit.
- 44 General Assembly of the United Nations, "Necessity of ending the economic, commercial and financial embargo imposed by the United States of America against Cuba", Resolution No. A/RES/58/7, 2003, citado en Alfred de ZAYAS, "The status of Guantánamo bay and the status of the detainees", Op. Cit.
- 45 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Caso Relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías. (República Reino Unido contra Islandia), Competencia de la Corte, Fallo de 2 de febrero de 1973. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991. Pág. 117. [Http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf) Consultado el 12 de mayo de 2014.
- 46 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Fisheries jurisdiction case (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court. Recuperado de: <http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5749.pdf>. Fecha de consulta: 12 de mayo de 2014.

Viabilidad de la conciliación electrónica dentro del ordenamiento jurídico colombiano, una mirada desde la experiencia española*

Camila Andrea Bohórquez Rueda**

José Fabio Nazar Meneses***

RESUMEN

Desde civilizaciones antiguas como la romana, se entendía la conciliación como un proceso volitivo donde las partes acordaban ir a juicio y mediante la intervención de un tercero convenir un acuerdo; no obstante este concepto ha variado con el pasar del tiempo, resultando disímil dentro de los diversos ordenamientos jurídicos vigentes y aplicándose en otros escenarios, donde la presencia física de las partes no es necesaria, ya que existen nuevas formas de relacionarse entre los individuos.

Dado el creciente uso de las tecnologías de la información y comunicación y como resultado del fenómeno de la globalización, empieza a constituirse la conciliación electrónica, siendo este fenómeno extraño para nuestro ordenamiento jurídico, pero que con las medidas legales respectivas, resultaría en un proceso eficaz y ágil, tal como lo propone su implementación en la legislación es-

pañola; no obstante lo pertinente ahora será entrar a analizar si Colombia cuenta con lo necesario para configurar la conciliación electrónica dentro de su ordenamiento jurídico, teniendo como base el caso español.

ABSTRACT

Since the ancient civilizations as the roman, the conciliation was considered as a volitional process where the parts agree on go judgment and through the intervention of a third one concur an agreement; however this concept has changed whit the flow of the time, resulting dissimilar inside the different existing legal systems and apply on other stages, where the physical presence of the parts it's no longer required, since there are new ways to be related between the individuals.

Given the increasing use of the technologies of information and communication, and as a result

of this phenomenon of the globalization, it starts to arise the electronic conciliation, being this strange to our legal system, but with the respective legal measures, would result in an agile and efficient process, such as is proposed on its implementation in the Spanish legislation; nevertheless the relevant now would be enter and analyze if Colombia counts with the necessary to configure the electronic conciliation in his legal system, based on the Spanish case.

PALABRAS CLAVE

Conciliación, Tecnologías de la Información y Comunicación, Conciliación Electrónica, Comercio Electrónico.

KEY WORDS

Conciliation, Information and communications technology, Electronic Conciliation, E-Commerce.

SUMARIO

Introducción. 1. De una conciliación tradicional a una electrónica. 2. Conciliación electrónica dentro del ordenamiento jurídico Español. 3. Viabilidad de la conciliación electrónica en Colombia. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Introducción

La conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos (en adelante MASC) es entendida como la actividad desplegada ante un tercero por las partes de un conflicto de intereses, dirigida a lograr una composición justa del mismo¹. Cabe señalar que para el desarrollo del presente

ensayo se entenderán como términos análogos la conciliación y la mediación, ya que la Corte Constitucional así los ha desarrollado².

El proceso de conciliación se sujeta principalmente al ordenamiento jurídico del país en donde es acogido, siendo en algunas ocasiones un proceso voluntario u obligatorio, vinculante o no vinculante, ante particulares o ante el estado; no obstante su estructura siempre se compone de dos partes, las cuales comparten una relación que les obliga entre si y en razón a un conflicto a buscar la ayuda de un tercero para que en su presencia se logre un acercamiento entre las partes, logrando de este modo llegar a la mejor solución posible.

En razón a constantes cambios socio-culturales; tales como el progresivo desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC) y al fenómeno de globalización, se empieza a contemplar nuevos escenarios para entablar todo tipo de relaciones jurídicas, entre estas las de carácter comercial a través de distintos medios, dando como resultado nuevas relaciones comerciales desarrolladas a través de escenarios como el internet.

Lo anterior genera que se desarrollen relaciones comerciales entre sujetos pertenecientes a diferentes países y por tal motivo a diferentes ordenamientos jurídicos, contando así con diversas normatividades, lo que a futuro podría convertirse en un problema, siendo necesario que exista un mecanismo neutro que permita una solución ágil y eficaz, donde ninguna de las partes deba someterse a una legislación extraña, sino que por el contrario se busque una igualdad real donde serán las partes de manera directa las que orientaran la solución a su conflicto con la ayuda de un tercero imparcial.

La conciliación siendo un proceso neutro con un eje flexible que permite una fácil adaptación, cuenta con los requisitos anteriormente descritos, permitiendo de este modo que la implementación de ésta en un medio electrónico sea fácilmente

aceptada por los usuarios que susciten relaciones comerciales a través de medios virtuales; no obstante no podemos hablar del mismo proceso conciliatorio tradicional, siendo necesaria la existencia de un nuevo proceso adaptado a los requerimientos que generan las TIC, dando como resultado la conciliación electrónica o virtual.

Al hacer referencia al uso de los TIC en los MASC, se habla de la conciliación electrónica, la cual consiste en el desarrollo del proceso a través de la utilización de uno o varios medios electrónicos, ópticos o similares, no obstante esto no implica que sea solo tomar el proceso tradicional y desarrollarlo por medio de plataformas virtuales; es necesario una total adaptación, tanto del proceso, como de sus principios y su desarrollo, tal como lo ha hecho la legislación española, generando un proceso eficiente que brinda todas las garantías necesarias para dar validez al proceso conciliatorio, haciéndolo efectivo y exigible.

Aunado a lo anterior y teniendo en cuenta la implementación de la conciliación electrónica y el desarrollo de esta en Colombia, se busca analizar y estudiar si se cuentan con las herramientas y medios necesarios para generar una correcta y completa implementación de la figura de la conciliación en el escenario de las TIC dando como resultado un nuevo fenómeno jurídico, que por tal, requiere una regulación idónea para su correcto desarrollo y aplicabilidad dentro de las nuevas relaciones que día a día se dan en nuestros escenarios comerciales.

Con base a lo anterior, la metodología utilizada se desarrolla bajo los estándares cualitativos, ya que dentro de esta se realiza el reconocimiento de un fenómeno ejecutando un barrido integral del tema para lograr identificar la viabilidad de la Resolución Electrónica de Disputas (en adelante RED) en el ordenamiento jurídico colombiano.

La metodología cualitativa es inductiva, ya que primero se explican los datos, seguidamente se examinan de forma generalizada para generar

conceptos y mayor comprensión de ellos, para lograr desde la experiencia extraer información que permita llegar a posibles explicaciones del fenómeno objeto de estudio.

El tipo de investigación aplicada es el tipo descriptiva-analítico-relacional, empleada dentro de la metodología cualitativa; es descriptiva ya que a través del estudio detallado de la conciliación comercial, se describirá si es viable la conciliación virtual en Colombia, ya que el objetivo de la presente investigación es contrastar los diferentes modelos utilizados para la aplicación de la conciliación comercial virtual. De acuerdo con lo anterior, la investigación llega a ser analítico-relacional, porque lo que se intenta es hacer comparaciones entre países, intentando relacionar fenómenos que se someterán entre ellos a un análisis. Cabe resaltar que el presente ensayo es resultado de un informe final de investigación.

1. De una conciliación tradicional a una electrónica

Al hablar de la conciliación como un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos (en adelante MASC), es necesario determinar en primer lugar que esta al igual que la mediación son entendidos como mecanismos auto-compositivos de solución de conflictos a través de los cuales las partes que se encuentran en controversia acuden para lograr a través de la participación de un tercero imparcial dar fin a la controversia emanada de una relación jurídica.

Es así como la conciliación y la mediación se entiende como instituciones jurídicas diversas, pero con grandes similitudes, según lo ha expresado la sentencia de la Corte Constitucional la C- 1195 de 2001 la cual define que: *mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos*³.

De esta forma, es evidente como al interior del ordenamiento jurídico se han fusionado estas dos figuras; en concordancia con lo anterior y teniendo en cuenta que dentro de la normatividad colombiana se ha desarrollado ampliamente la conciliación, esta será la figura objeto de estudio en líneas posteriores.

La conciliación es un MASC que surge desde el momento en que el individuo conforma sociedad; al interior de la cual se podrían presentarse disputas sociales, económicas o familiares; siendo el hombre más sabio de la comunidad el elegido por el pueblo para que fuera el guía de las partes en conflicto con el fin de lograr un acuerdo beneficioso para todos.

Con base a lo anterior, es evidente como la figura de la conciliación ha evolucionado al interior de los diversos ordenamientos jurídicos, contando con la regulación de esta al interior de la normatividad vigente, a través de la cual se determina la forma en la cual se desarrolla la figura de la conciliación y cuáles serán las personas que podrán acudir a estas para dar solución a sus controversias jurídicas.

Aunado a ello, Colombia no ha sido ajena a establecer la figura de la conciliación al interior de su ordenamiento jurídico, contando esta con su propia normatividad a través de la cual se define la existencia de varias clases de conciliación entre las cuales se resalta la que se realiza en derecho y la que se realiza en equidad⁴, como la clasificación de mayor uso al interior de la sociedad colombiana. De esta forma ante la importancia que con la Constitución Política de 1991 se le reconoce a los MASC en especial al arbitraje y a la conciliación, se ha logrado que esa última figura sea tan importante en nuestro ordenamiento que es requisito de procedibilidad en algunas materias, es decir, para poder acudir a la justicia formal es necesario en primer lugar agotar una conciliación previa de la cual saldrá un acta de acuerdo o no acuerdo entre las partes.

La conciliación se ha desarrollado ampliamente al interior del ordenamiento jurídico, hecho que ha conllevado a que en diversas situaciones de la sociedad colombiana, este mecanismo sea considerado idóneo para dar fin a las controversias que se presentarán entre los individuos. De esta forma es posible hoy en día hablar de la existencia de la conciliación comercial a la cual acudirán las personas naturales o jurídicas que celebraron un negocio jurídico en uso de su autonomía de la voluntad, pero que por dicha relación existen controversias; permitiéndoles esta figura poner en fin en menor tiempo posible a su controversia y lograr que las partes en conflicto puedan continuar con sus relaciones comerciales.

Es así, como desde el momento que el hombre se encuentra en sociedad surge día a día nuevos problemas en la forma de relacionarse de estos y se observa la necesidad de lograr contar con mecanismos jurídicos idóneos que respondan a las necesidades propias de la sociedad social.

Una muestra importante del cambio que ha experimentado la humanidad se observa aproximadamente en el año 1990 cuando surge el internet como una red de intercomunicación entre los individuos, a través del uso de computadoras, surgiendo el correo electrónico (e-mail) y la World Wide Web (en adelante www) por medio del cual se desarrolló lo que hoy en día es conocido como el comercio electrónico.

La herramienta tecnológica www es un servicio de internet basado en el modelo cliente - servidor, es decir allí existe un servidor web el cual almacenará las páginas web y responderá a las inquietudes de los clientes. Mientras que el cliente web es aquel que se conecta al servidor permitiéndole ver y descargar las páginas que allí se puedan encontrar.

Logrando lo anterior que el internet fuera una de las redes más utilizadas y con ello este se convirtió en un lugar atractivo para el comercio, dando origen al comercio electrónico. Muestra de ello

se observa en el año 1995 con el surgimiento en los Estados Unidos de la empresa Amazon.com la cual abrió en junio de 1995 como librería virtual; el éxito fue tal que solo en 1996 esta vendió dieciséis millones de dólares, por la gran acogida que esta tuvo no solo continuo vendiendo libros, sino que incluyó en su oferta música, DVDs, videos, juguetes, software, etc.

Ante el crecimiento vertiginoso de las compras virtuales, surge la necesidad de establecer claramente que se entendería para el mundo como comercio electrónico; por tal la Comisión de Comunidades Europeas establece que: *El Comercio Electrónico consiste en realizar electrónicamente transacciones comerciales; es cualquier actividad en la que las empresas y consumidores interactúan y hacen negocios entre sí o con las administraciones por medios electrónicos.* Partiendo de ello es claro que de las relaciones emanadas del comercio electrónico se pueden presentar contratos los cuales pueden ser nacionales como transnacionales, y es aquí donde se ve la necesidad de crear una regulación internacional sobre este tipo de negocios, para lograr con esto proteger al comprador y vendedor electrónico creando así seguridad para los usuarios de este servicio.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI), en aras de crear una normatividad que fuera adoptada por todos los estados miembros, para lograr recuperar la confianza de los usuarios del internet; crea la ley modelo sobre Comercio Electrónico la cual busca establecer equivalencia entre los documentos de soporte legal en el papel y los generados electrónicamente y entre la firma manuscrita y electrónica. Desarrollando sobre los principios de neutralidad tecnológica (no favorece ninguna tecnología) y el de buena fe por parte de las partes contratantes en línea.

A partir de esta normatividad diversos países reconocen dentro de su legislación interna el concepto de comercio electrónico, el cual se encuentra expresado en la ley 527 de 1995 la cual regula

todo lo concerniente a los mensajes de datos, comercio electrónico y firma electrónica, esta última de vital importancia para el desarrollo de las nuevas tecnologías.

El comercio electrónico es una realidad dentro la sociedad colombiana, aumentando significativamente los individuos que celebran relaciones jurídicas por este medio; pero al igual que en el comercio tradicional en el comercio electrónico se pueden presentar entre los individuos diversas dificultades e inconvenientes entre estos, siendo difícil en algunas circunstancias que las partes acudan a figuras tradicionales como los MASC o la justifica formal, ya que en algunas oportunidades las partes contratantes no se conocen personalmente o se encuentran ubicados en ciudades o países diferentes.

Ante las dificultades que se puedan presentar en el comercio electrónico, surge en el año 2000 en los Estados Unidos el concepto de Online Dispute Resolution (ODR) haciendo referencia en español a la Resolución Electrónica de Disputas (en adelante ODR)⁶ a través de los cuales se realiza la tecnificación de los MASC para lograr dar solución a las disputas que se emanan electrónicamente.

Los RED son la evolución de los MASC, es decir, se adaptan los mecanismos tradicionales a las nuevas tecnologías para lograr responder a las necesidades propias de la sociedad actual. Lo anterior no debe ser tomado con que solamente es implementar las nuevas tecnologías a los MASC, ya que para lograr el correcto funcionamiento de los RED se debe contar con regulaciones tendientes a proteger a los usuarios electrónicos y a lograr veracidad en los procesos celebrados; es así como para lograr el desarrollo de los RED es necesario que al interior de los ordenamientos jurídicos que los quieran adoptar se cuenten con ley de comercio electrónico, ley de firma electrónica y ley de protección de datos.

Los RED se encuentran desarrollados para lograr su aplicación en el mundo comercial a través

del *soft law*⁷ conocidos como sistemas de autorregulación, los cuales no son vinculantes frente a los diversos ordenamientos jurídicos pero si son necesarios para lograr el ingreso al mercado. Determinando este que las empresas que prestan servicios de comercio electrónico deben contar con Códigos de Buenas Partes al interior de los cuales deben incluir los ODR/RED para lograr dar solución a los conflictos que se puedan presentar entre estos y el comprador electrónico; lo anterior en aras de lograr recuperar la confianza de los usuarios de las nuevas tecnologías⁸.

Aunado a ello, el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra preparada para la implementación de los RED, ya que al interior de este se cuenta con la ley 527 de 1999 por medio de la cual se regula todo lo relacionado con el comercio electrónico y la regulación de la firma electrónica; esa última es controlada y otorgada por la Sociedad Cameral de Certificación Digital CERTICÁMARA S.A.; adicional a ello se tiene la Ley 1581 de 2012 por medio de la cual se busca proteger los datos personales de los individuos.

La implementación de los RED es una realidad en el mundo comercial, presentándose diversas pruebas pilotos para lograr la implementación de estos; uno de los mecanismos que se ha desarrollado más electrónicamente ha sido la conciliación, la cual permite que por medio de una plataforma virtual a través de videoconferencias o chat room las partes que se encuentran en conflicto den por finalizada su controversias con la ayuda de un tercero imparcial que será un guía en el proceso.

Lo anterior se ha desarrollado ampliamente en diversas experiencias, entre las cuales se resalta una prueba piloto para la implementación de la conciliación virtual que fue realizada conjuntamente entre Argentina, Colombia, España, México y Perú; los cuales con la participación de empresas como Groupon y Geelbe realizan diversas pruebas para verificar la viabilidad al interior de cada país de la implementación de los RED; en el caso colombiano esta fue realizada a través de la Cáma-

ra de Comercio de Bogotá con la implementación de su “plan dialogo” a través del cual se logró determinar que los usuarios electrónicos confían en este mecanismo de conciliación virtual, ya que se logró un total de acuerdos del 97% y solo el 3% de estos fueron referidos.

Es así como la conciliación virtual no se encuentra desarrollada en una legislación propiamente dicha, pero si se observa como Colombia no ha sido ajena a la implementación de estas y ha desarrollado ampliamente regulaciones tendientes a proteger al individuo que pertenece a una sociedad de conocimiento, muestra de ello es la implementación del conciliación virtual a través de la Cámara de Comercio de Bogotá y del Autorregulador del Mercado de Valores (en adelante AMV).

La Cámara de Comercio de Bogotá⁹ cuenta desde el año 2010 con un servicio en su página web denominado “Plan Dialogo Conciliación-Mediación” al cual busca dirimir conflictos entre individuos que se encuentran separados por grandes distancia, permitiéndoles colocar fin al controversias que se puedan presentar en las diversas relaciones comerciales desarrolladas por los individuos sin importar el lugar en el cual estos se encuentran.

Por otra parte, no solo la Cámara de Comercio de Bogotá ha desarrollado la conciliación virtual, esta también ha sido desarrollado por el Centro de Arbitraje y Conciliación del AMV, conocido como “MARCO”¹⁰, el cual busca dar solución a los conflictos que se generen en las actividades financieras, bursátil, aseguradora o cualquier otra actividad que desarrollen las entidades controladas y vigiladas por la Superintendencia Financiera.

A partir del 2011 “MARCO”, en aras de mejorar la prestación de sus servicios y de lograr desarrollar las nuevas tecnologías, ofrecen el servicio de salas virtuales, las cuales permiten dar solución a las controversias que se generen en los mercados de valores, financieros o seguros; permitiendo que las partes se comuniquen a través de la una plata-

forma virtual en la cual se encontrará también el conciliador y se en ella desde presentar la solicitud de audiencia de conciliación, hasta interactuar y lograr un acuerdo que se expresara en un acta de conciliación el cual puede constar por escrito o se puede generar electrónicamente, debiendo MARCO conservarla y propender por la conservación de esta en el mundo virtual para posteriores consultas.

2. Conciliación electrónica dentro del ordenamiento jurídico español

Se recurre al caso español, ya que este presenta un modelo legal aplicable para la conciliación en materia electrónica con ciertas definiciones y leyes supletivas que complementan su uso y aplicación segura dentro del ordenamiento jurídico. Con la llegada de la Ley 5 de 2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles se da el primer paso para desarrollar dicho procedimiento a través de medios electrónicos en determinados supuestos tal como se expresa en el artículo 24, apartado segundo: *La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes*¹¹.

Según lo anterior se contempla el interés por concebir la unión de dos elementos tales como la mediación y las TIC, dando como resultado mecanismos de resolución electrónica de disputas, los cuales deben ser dotados de seguridad jurídica y técnica que contribuya a una mayor desarrollo de estos, por medio de plataformas virtuales seguras que sean compatibles con la cultura tecnológica de los ciudadanos generando confianza entre estos.

Con la aplicación de la mediación electrónica, no solo se evitan mayores costos procesales en los usuarios sino que también se les permite un ahorro de tiempo, siendo este un elemento crucial

en el proceso de mediación. Además otro punto a favor no muy destacado pero sumamente importante es que al usar plataformas on-line se contribuye a eliminar barreras tanto geográficas como lingüísticas, pues es este un sistema de resolución apropiado para los conflictos transfronterizos, generando en última instancia un potencial acceso hacia la globalización y un paso al escenario internacional para muchos mediadores nacionales.

En la legislación española la mediación es un proceso no vinculante por el cual un tercero neutral ayuda a las partes a solucionar la controversia, entendiendo que el mediador deberá disponer de todos los medios pertinentes, incluso los tecnológicos para ayudar a las partes a solucionar su controversia.

Resulta ser entonces la mediación un proceso de resolución de conflictos que presenta un eje vertebrador flexible ya que las partes gozan de los siguientes beneficios; respeto a la autonomía de la voluntad permitiendo que el acuerdo tenga la consideración de título ejecutivo, además de la deslegalización central de la ley en favor de un principio dispositivo, dando validez a lo acordado por las partes, igualmente no podría hablarse de flexibilidad sin la participación de las nuevas tecnologías cuyo fin es facilitar el contacto entre las partes, así como la realización de un proceso ágil y eficiente.

En contraste con lo anterior se observa que la mediación supone ciertas ventajas sobre la justicia ordinaria, ya que debido a su fácil aplicación y su flexibilidad puede ser aplicado en concordancia con las nuevas tecnologías y desarrollos sociales a diferencia de lo que podría enfrentar un juez ceñido a los procedimientos estipulados en la ley, que en muchos casos generaría dificultad para este el interpretar contratos que no se encuentren regulados por el ordenamiento e incluso comprender ciertas obligaciones que puedan ser incluidas en el mismo, a diferencia de la mediación donde estos pueden ser interpretados por expertos en el tema, cuyo conocimiento les facilite un entendimiento

privilegiado del asunto con el fin de solucionar el conflicto que les atañe, finalmente cabe mencionar los costos y dilación temporal que supone un proceso judicial, contrario a lo que ocurre en un proceso de mediación.

Este proyecto nace de la necesidad de impulsar un plan donde se regule la mediación electrónica debido al aumento de las relaciones B2C¹² y B2B¹³; además de ello se busca cumplir un objetivo de la Unión Europea, en el cual se pretende otorgar gran importancia al comercio electrónico, ya que está buscando ser promocionado a tal punto que un 50% de la población deberá efectuar compras en línea y un 20% compras transfronterizas.

Anteriormente un procedimiento judicial con elementos internacionales resultaba demasiado extenso sin mencionar lo complejo que podía llegar a ser y más aún los altos costos que generaba para las partes. Por tanto los contratos mercantiles modernos prevén la posibilidad de optar por algún método de resolución de conflictos sin llegar a juicio, ya sea la negociación, mediación o arbitraje.

Es por eso que en la actualidad se busca tomar una serie de medidas en el ámbito internacional para que la mediación sea un método de resolución de conflictos efectivo, ya que además de ofrecer ventajas respecto a la justicia ordinaria, evita que las partes se sometan a una jurisdicción extranjera completamente desconocida, por tanto es en la fase de negociación del contrato el momento oportuno para fijar dicho compromiso de someterse a un sistema de mediación ante controversias futuras.

Ahora respecto a la Ley 5 de 2012 una de las principales novedades introducidas por el artículo 24 es que el procedimiento de mediación puede llevarse a cabo por medios electrónico, tal como se observa:

Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electró-

nicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley¹⁴.

No obstante, en la legislación Española ocurre en cierto punto el mismo problema que en todas las demás, ya que el legislador deja abierta la posibilidad de interpretación de dicho artículo tanto por las partes como por el mediador y la dificultad que esto genera es en distinguir cuales son los medios que pueden ser utilizados además de las videoconferencia y el modo de garantizar la identidad de los intervinientes.

Con el fin de satisfacer los requisitos para la mediación a través de medios electrónicos que cumplan con las disposiciones de ley se plantean los siguientes apartados:

1. Los medios electrónicos que puedan ser utilizados en los procedimientos de mediación y la garantía de la identidad de los intervinientes. En la actualidad existen diversos medios electrónicos tanto solo de voz, como de imagen y voz, permitiendo que las partes y el mediador puedan ponerse en contacto de manera sencilla pero ocurren dos supuestos:
 - El primer momento se da cuando se produce una coincidencia temporal en las comunicaciones entre las partes y el mediador, tal como sería en el caso de una videoconferencia, en este supuesto la acreditación de las partes resultaría fácil y se vería plenamente satisfecha, sin necesidad de acudir a la utilización de la firma electrónica.

No obstante lo anterior a la hora de acreditar el acuerdo alcanzado por las partes, ya que no se ha otorgado escritura pública y por tanto no tiene carácter de título ejecutivo, podrán entonces ser usados los siguientes métodos con el fin de acreditar el acuerdo verbal: (i) Grabación de la videoconferencia (siempre con respeto de la Ley Orgánica de

Protección Civil del Derecho al Honor a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal), con el consentimiento expreso de los participantes (por documento firmado o mediante el consentimiento al inicio de la videoconferencia) (ii) Mediante la firma de un documento que contenga los puntos en los que las partes se han puesto de acuerdo.

- El segundo momento no se produce una coincidencia temporal, ya que se utilizan métodos que permiten una posterior lectura o revisión tales como el correo electrónico o SMS, es aquí donde el artículo 25 de la ley 34 de 2002 cobra importancia ya que este prevé la intervención de un tercero de confianza con el fin de dar garantías de los acuerdos adoptados por las partes:

Las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública.¹⁵

Además añade: El tercero deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes¹⁶.

En este caso es importante resaltar la importancia de la utilización de métodos basados en la firma electrónica, ya que esto permitirá acreditar la identificación del firmante y vincularlo de manera única a los datos a que se refiere.

Con el fin de corroborar lo anterior y antes de continuar con el segundo supuesto, es necesario traer a colación el Proyecto de Real Decreto por el que se Regula el Desarrollo de la Mediación por

Medios Electrónicos, ya que este regula la mediación desarrollada por medios electrónicos a los que se refiere la Ley 5 de 2012 en asuntos civiles y mercantiles.

Según su artículo 2 las instituciones de mediación y los mediadores serán responsables de que la mediación por medios electrónicos garantice y respete los principios de la ley 5 de 2012, pero respecto a la seguridad, buen funcionamiento de la plataforma y de los sistemas electrónicos utilizados, garantizando la privacidad, integridad y el secreto de los documentos y la confidencialidad en todas las fases del procedimiento serán responsables los proveedores de servicios electrónicos de mediación.

Sera también por la página web donde los mediadores o la institución de mediación podrán ofrecer otros mecanismos de solución electrónica de disputas, siempre que se informe claramente de la índole de los distintos servicios.

Finalmente en el mismo artículo se establece que los medios electrónicos de mediación deberán incorporar mecanismos de registro de actividad que permitan verificar su correcto funcionamiento.

Ahora respecto a su artículo 4 en lo concerniente a la acreditación de la identidad y condición del usuario, se establece que las partes y el mediador deberán acreditar su identidad respecto a lo dispuesto en la ley 59 de 2003 de firma electrónica, mediante un sistema que garantice la identificación de los firmantes y para este caso la integridad de los documentos electrónicos en todas las actuaciones requeridas por el procedimiento.

En principio se requiere que la identidad de las partes se acredite en la solicitud del inicio y en la contestación, así una vez estos sean identificados, se registraran como usuarios y la institución de mediación o el mediador proporcionaran un código de identificación personal y un clave que les permitirá acceder al expediente y conocer el estado de la tramitación., respetando siempre el principio de confidencialidad. Igualmente podrá actuarse a

través de representante pero este de igual modo requerirá acreditación.

Finalmente en su artículo 10, desarrollo de la mediación por medios electrónicos, se estipula que con la utilización parcial o total de medios electrónicos se efectuara una adecuada comunicación entre las partes y el mediador, sea separada o conjuntamente, posibilitando el dialogo y acercamiento de posturas.

La manifestación de las partes para utilización de medios electrónicos deberá darse expresamente ya sea manifestando su consentimiento a través de medios electrónicos o acreditándolo presencialmente e la institución.

Continuando con el segundo apartado:

1. Respeto de los principios en el ámbito electrónico

- Voluntariedad y libre disposición: este principio trata en la posibilidad de las partes de someterse a un procedimiento de mediación electrónica, en virtud ya sea de una clausula o por su acuerdo mutuo, igualmente al tratarse de un procedimiento voluntario, cualquiera de las partes puede renunciar a este.

Igualdad de las partes e imparcialidad: el procedimiento de mediación debe garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, para este caso electrónico deberá entenderse como el establecimiento de los medios técnicos que sean empleados para el desarrollo de la mediación electrónica, con el fin de no exigir requisitos técnicos que supongan una ventaja de una parte frente a la otra, buscando así que los mediadores sean los que provean de una plataforma que permita la participación de las partes y resolución de su conflicto.

- Confidencialidad: respecto a la confidencialidad, deberán las instituciones de mediación implementar una serie de procedimientos o medidas de seguridad que únicamente per-

mitan acceder a la información a las personas necesarias para el desarrollo del proceso.

Aunado a lo anterior y según el Proyecto de Real Decreto por el que se Regula el Desarrollo de la Mediación por Medios Electrónicos se ve como se refleja lo anterior ya que en este se estipula como las partes podrán elegir en cualquier momento si desean llevar a cabo la mediación por medios electrónicos, además como los proveedores de servicios electrónicos de mediación garantizaran el funcionamiento de las plataformas en las que se llevara a cabo el proceso con el fin de efectuar una igualdad real entre las partes, pues ambos efectuaran el proceso en el mismo medio y finalmente respecto a la confidencialidad estas mismas plataformas garantizaran la privacidad, el secreto de documentos y solo podrán ser accesibles por las partes tras un sistema de reconocimiento, además se dará la opciones a las partes de indicar si los documentos entregados tienen o no carácter de confidencialidad, en caso de un silencio se entenderá que quedarán sometidos al régimen de confidencialidad.

Ahora respecto al proceso de mediación por medios electrónicos como tal se debe presentar una solicitud a la institución de mediación, la cual se pondrá en contacto en la mayor brevedad con la parte solicitada para constatar su conformidad y dar inicio al proceso de mediación electrónica.

Exista un plazo razonable para que la parte solicitada conteste la solicitud, pues de lo contrario se entenderá desestimada. Es deber de la institución notificara al solicitante el momento en que se produce la contestación.

Para el acta de sesión constitutiva se requiere la identificación de las partes por firma electrónica, generando la identificación del procedimiento con un número de expediente. La parte solicitante fijara la cantidad reclamada en el formulario de solicitud y la parte solicitada en la contestación deberá aceptar o rechazar la cantidad reclamada

Para las propuestas de solución por alguna de las partes, el mediador concederá un tiempo razonable a la otra parte para decidir si muestra o no su acuerdo.

Si la mediación consiste en una reclamación de cantidad que no exceda de los 600 euros se hará por el procedimiento electrónico simplificado y tendrá una duración máxima de un mes, prorrogable por las partes.

En caso de recibidas las posiciones de ambas partes y exista acuerdo sobre la cantidad, el sistema ofrecerá de forma automática una propuesta para su aceptación, pero de ser rechazada por las partes la propuesta efectuada por el sistema electrónico, se podrá solicitar otra.

El acuerdo se dará cuando el solicitante acepte la cantidad ofrecida en la contestación o cuando las partes confirmen la propuesta ofrecida por el sistema electrónico y el acuerdo se hará constar en el acta final del procedimiento electrónico simplificado.

El acta final determinará la conclusión del procedimiento y será firmada por las partes y una vez firmada por el mediador será puesta a disposición de las partes por medio electrónico, confirmando su recepción, dando por terminado el procedimiento de mediación electrónica.

3. Viabilidad de la conciliación electrónica en Colombia

Para el caso Colombiano, según lo anterior, es claro que existe una ley que tipifica en nuestro ordenamiento la conciliación, no obstante esta ley se queda corta respecto al tema electrónica, no permitiendo, ni siquiera sugiriendo que este proceso sea desarrollado en diferentes medios, o que pudiese desarrollarse por cualquier otro tipo de herramienta, siempre y cuando se permitiera su correcto desarrollo y se ajuste a las formalidades legales.

Ahora, respecto a los acápites supletivos, tal como se vio en el caso español, no simplemente basta con modificar una ley y permitir que esta se desarrolle por medios electrónicos o que permita el uso de diversas herramientas, pues esto podría generar confusión y a futuro se convertiría en un problema que necesitara mayor regulación, por tal motivo es necesario de manera complementaria hacer énfasis en cuales serían los medios y herramientas idóneas para un correcto desarrollo del proceso conciliatorio dentro del ordenamiento jurídico Colombiano.

En primer lugar Colombia cuenta con la ley 527 de 1999 que define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, cumpliendo así uno de los principales y más importantes requisitos que requiere la conciliación electrónica, dado que acepta y da validez a los mensajes de datos, los cuales constituirán todo intercambio de comunicación que se efectúe entre las partes contratantes y el conciliador en la plataforma virtual, corroborando así todo lo que se diga y finalmente dando validez y garantía de todo lo que se acuerde y diga.

Ya aceptando la validez de los mensajes de datos, en pro del principio de equivalencia funcional, entenderemos todos los documentos electrónicos o mensajes de datos como válidos, siendo estos una expresión de quien los emite, no obstante el siguiente problema a resolver es saber quién es la persona que los emite, por lo que la doctrina sugiere que la identificación de las partes, se haga a través de un correo electrónico certificado, donde pueda atribuirse indiscutiblemente este a un sujeto concreto, siendo necesario que exista una entidad de certificación, no solo para la firma electrónica como se verá más adelante, sino para los correos electrónicos que serían el medio por donde se realizaran las comunicaciones y así mismo el instrumento que atribuirá toda comunicación a una persona en concreto.

Identificadas las partes y aceptada la validez de los mensajes de datos, se procede a buscar el centro, el cual deberá satisfacer requisitos de validez que permitan un correcto desarrollo del proceso conciliatorio, los cuales deben estar constituidos dentro de la misma ley que permita la conciliación electrónica, creando centros con servidores que permitan una correcta recolección de información y un espacio virtual, donde las partes pueden acceder y comunicarse entre ellas, por una red cerrada a la que solo podrán acceder las partes, permitiendo el intercambio de mensajes y salvaguardando el principio de confidencialidad.

Es importante aclarar que el tema de responsabilidad de datos personales, no busca ser explicado y desarrollado en la presente investigación, no obstante existen normativas que estipulan la responsabilidad del administrador del servidor y la plataforma, recayendo sobre estos, tal como lo dispone la normativa Española, la responsabilidad por el manejo de datos los datos e información de los usuarios que acceden al servicio, pues al tratarse de un tema más técnico que jurídico, dicho proceso debe delegarse a un tercero de confianza.

Respecto a los demás principios, como el de voluntariedad de las partes, debe aclararse que este es netamente personal y dependerá de estas mismas para acceder al servicio, por tal motivo nunca se verá vulnerado, pues como lo explica la normativa Española, se enviara un mensaje cuando una parte acuda al centro y si este es respondido de manera satisfactoria se iniciara el proceso. En lo referente al principio de neutralidad tecnológica, es requerida la participación del centro y del servidor, ya que estos deben velar por la creación de un espacio virtual que pueda ser accesible por quien esté interesado en iniciar el proceso, sin importar el lugar o el medio de acceso, con el fin de que exista una igualdad real entre los sujetos y puedan estos comunicarse de manera adecuada y cuando más les convenga.

Ahora en lo referente a la firma electrónica, en Colombia existen entidades de certificación de

esta, tal como es el caso de Certicámara S.A la cual se basa en la ley 527 de 1999 y normativa internacional como la Ley Modelo de CNUDMI 2002 sobre firma electrónica, constituyendo así como un ente idóneo que permite y avala el uso de la firma electrónica, en concordancia con el ordenamiento jurídico, permitiendo la identificación del firmante y haciendo posible que lo estipulado por este, sea atribuido a una persona en concreto, la cual al momento de firmar acepta todo lo que se declare en el documento, el cual como se mencionó anteriormente cuenta con total validez dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin importar que se trate de un documento electrónico.

4. Conclusiones

Del anterior estudio puede concluirse que Colombia cuenta con las herramientas básicas para lograr instituir una figura como la conciliación electrónica, dado que satisface los requisitos primordiales que serían contar con una ley de mensajes de datos, de comercio electrónico, de firma electrónica y de conciliación; no obstante estas aun presentan falencias y es necesario realizar ajustes exhaustivos en cada una, pero primordialmente en lo referente a la ley de conciliación; pues en primer lugar debe instituirse dentro de esta la figura de la conciliación electrónica, realizando aclaraciones importantes como anteriormente se mencionó en lo referente a los centros de conciliación, los correos electrónicos certificados, la responsabilidad de los servidores y bases de datos, logrando de esta forma realizar un proceso eficaz y ajustado al marco de la legalidad, que brinde garantías y sea exigible frente a los distintos ordenamientos jurídicos.

En Colombia es viable la conciliación electrónica, pero es necesario contar con adaptaciones importante descritas anteriormente, es en este punto donde el caso español otorga directrices que permiten lograr que los RED funcionen al interior de la sociedad colombiana; por ello de España podemos aplicar todo lo referente a la normatividad

para constituir los centros, otorgando de esta forma responsabilidad al administrador, la cual es un punto de vital importancia para lograr el éxito de la conciliación virtual.

De lo anterior, se puede establecer que lo ideal sería contemplar en la conciliación electrónica todas las posibilidades admisibles para llevar a cabo el proceso, con el fin de que se realice de la manera más adecuada, sin que existan irregularidades e inconvenientes al momento de desarrollarlo, permitiendo de esta forma que los usuarios de la conciliación virtual confíen en que a través de las plataformas virtuales, se lograra poner fin a la controversia surgida por medio de un acuerdo que sea beneficioso para las partes que se encuentran en conflicto. De esta forma le corresponde al legislador, regular todo lo relacionado con la protección que las plataformas que prestan este servicio deben brindar a los usuarios y la necesidad de contar con seguridad para permitir el almacenamiento y posterior consulta de la información suministrada por las partes y de las actas de conciliación.

Finalmente, y entendiendo lo anterior, puede concluirse que en Colombia si es viable hablar de conciliación electrónica; aunque aún son necesarios grandes esfuerzos y será tarea del legislador dar cuenta de la relevancia que este proceso aportaría para las relaciones comerciales internacionales o nacionales celebradas por medios electrónicos, generando confianza en los usuarios y otorgando garantías reales que permitan a las partes contratantes salvaguardar sus interés y contar con un mecanismo idóneo respecto al medio en el que desarrollan sus relaciones contractuales.

5. Bibliografía

LEGISLACIÓN:

Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de da-

tos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. 18 de agosto de 1999. DO. N° 43673.

Ley 640 de 2001. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. 5 de enero de 2001. DO. N° 44303.

Ley 34 de 2002. Servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. 11 de julio de 2002.

Ley 59 de 2003. Firma electrónica. 19 de diciembre de 2003.

Ley 5 de 2012. Mediación en asuntos civiles y mercantiles. 6 de julio de 2012.

Real Decreto 980 de 2013. Por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. 13 de diciembre de 2013.

JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1195 de 2011 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra: 15 de noviembre de 2001).

DOCTRINA:

María Isabel ARANA CALDERÓN & Nelson ROJAS RODRÍGUEZ, *El arte de conciliar, habilidades, técnicas, estrategias*. Cámara de Comercio de Bogotá, Programa de Fortalecimiento de Métodos Alternativos de Solución de Controversias, Proyecto BID, Colección Métodos Alternativos de Solución de Controversias No. 5, 1997.

El Consorcio Bureau Veritas Colombia Ltda. - Aselink S.A.S, "Diagnóstico de la Conciliación Virtual", 4 de noviembre de 2011. Recuperado de: http://www.conciliacion.gov.co/archivos/documentos/Publicaciones/DIAGNOSTICO_CON-



CILIACION_VIRTUAL_EN_COLOMBIA%20%282%29.pdf

Jaime GUASP, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil (Tomo II)*, Madrid, 1945.

José María LEZCANO & Rolando Joaquín ORTEGA HERNÁNDEZ, *Los avances en las propuestas de Resolución de Conflictos en Línea en materia de De-*

recho Comercial Internacional. Memorias Simposio Argentino de Informática y Derecho, 2012.

Carmen VELARDE, "Conciliación en el ciberespacio: una propuesta para la resolución de conflictos en Internet", 2001, <http://www.barzallo.co./doctrina/eonflictoOO1~shtrnJ.C>

Notas

- * Ensayo ganador de MENCIÓN ESPECIAL en la duodécima versión del concurso nacional de ensayo (pregrado) OCTAVIO ARIZMENDI POSADA 2014, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.
- ** Estudiante de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. rcamila66@hotmail.com
- *** Estudiante de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. jose_nazar_m_@hotmail.com
- 1 Jaime GUASP, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil (Tomo II)*, 1945, p. 9.
- 2 Corte Constitucional. Sentencia 1195 de 2001 (Manuel José Cepeda Espinosa/Marco Gerardo Monroy Cabra: 15 de noviembre de 2001).
- 3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1195 de 2011 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra: 15 de noviembre de 2001).
- 4 Ley 640 de 2001. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. 5 de enero de 2001. DO. N° 44303.
- 5 Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. 18 de agosto de 1999. DO. N° 43673.
- 6 Carmen VELARDE, "Conciliación en el ciberespacio: una propuesta para la resolución de conflictos en Internet", 2001. Recuperado de: <http://www.barzallo.co./doctrina/eonflictoOO1~shtrnJ.C>. Fecha de consulta: 5 de abril de 2014.
- 7 La mayoría de estos instrumentos son de *soft law*: carecen de obligatoriedad jurídica, aunque tienen cierta relevancia en el plano legal.
- 8 José María LEZCANO & Rolando Joaquín ORTEGA HERNÁNDEZ, *Los avances en las propuestas de Resolución de Conflictos en Línea en materia de Derecho Comercial Internacional*. Memorias Simposio Argentino de Informática y Derecho, 2012.

- 9 María Isabel ARANA CALDERÓN & Nelson ROJAS RODRÍGUEZ, *El arte de conciliar, habilidades, técnicas, estrategias*. Cámara de Comercio de Bogotá, Programa de Fortalecimiento de Métodos Alternativos de Solución de Controversias, Proyecto BID, Colección Métodos Alternativos de Solución de Controversias No. 5, 1997.
- 10 El Consorcio Bureau Veritas Colombia Ltda. -Aselink S.A.S, "Diagnóstico de la Conciliación Virtual", 4 de noviembre de 2011. Recuperado de: http://www.conciliacion.gov.co/archivos/documentos/Publicaciones/DIAGNOSTICO_CONCILIACION_VIRTUAL_EN_COLOMBIA%20%282%29.pdf. Fecha de consulta: 2 de abril de 2014.
- 11 Ley 5 de 2012. Mediación en asuntos civiles y mercantiles. 6 de julio de 2012.
- 12 Business-to-Consumer se refiere a la estrategia que desarrollan las empresas comerciales para llegar directamente al cliente.
- 13 Business-to-business es la transmisión de información referente a transacciones comerciales electrónicamente.
- 14 Ley 5 de 2012. Mediación en asuntos civiles y mercantiles. 6 de julio de 2012.
- 15 Ley 34 de 2002. Servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. 11 de julio de 2002.
- 16 Ley 34 de 2002. Servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. 11 de julio de 2002.



Los contractualistas y el concepto de naturaleza caída de Martín Lutero

Geraldine Bustos Zamora*

RESUMEN

La concepción acerca de la naturaleza, función y necesidad de la autoridad política se ha transformado a lo largo de la historia. Desde Aristóteles estos conceptos no han dejado de ser interpretados. Las tesis de Santo Tomás de Aquino en el siglo XIII se vieron destruidas por los planteamientos de Martín Lutero, el cual con su Reforma, transformó el mundo conocido y sentó las bases del actual. Su influencia en el pensamiento político se evidenciará con los postulados de los pensadores Contractualistas modernos, los cuales presentaron sus teorías como respuestas al mundo que veían en la post-Reforma y como una guía de cómo se debía afrontar.

ABSTRACT

The conception of nature, function and need of the political authority has been transformed throughout history. Since Aristotle these concepts have been interpreted in many ways. The Saint

Thomas Aquinas theses in the thirteenth century were substituted by Martin Luther's Reformation. Luther's Reformation transformed the world as it was known and settled the basis of the actual world. His influence in the political thinking can be found in the modern Contractarians statements, which presented their theories as the answers to the post-Reformation world, in which they we are immersed, and as a guide on how to face it.

PALABRAS CLAVE

Naturaleza, Estado, gobierno secular, legitimidad, Contractualistas, Aristóteles, Santo Tomas de Aquino, Martín Lutero, Reforma, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, John Locke.

KEY WORDS

Nature, State, secular government, legitimacy, Contractarians, Aristotle, St. Thomas Aquinas, Martin Luther, Reform, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, John Locke.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Tradición Antigua y Medieval: Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. 3. Lutero: relación entre la naturaleza caída y la necesidad del gobierno secular. 4. Lutero y los Contractualistas. 5. Bibliografía.

Introducción

El presente ensayo tiene como objetivo demostrar la influencia de los planteamientos de Martín Lutero, como rechazo a las teorías clásicas de Aristóteles y medievales de Santo Tomás de Aquino, con respecto a la naturaleza del hombre y la relación de ésta con el gobierno secular en los Contractualistas modernos Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau y John Locke. El ensayo está dividido en tres partes en las cuales se explicarán la concepción clásica y medieval sobre la naturaleza, la necesidad y origen de la comunidad política, la ruptura que generan los planteamientos de Martín Lutero y la influencia de ese quiebre en los contractualistas.

Para empezar es necesario abordar la comprensión de la naturaleza del hombre, pues en los autores mencionados dicho concepto es especialmente relevante para explicar la autoridad política.

El concepto de naturaleza tiene varios significados, y su opuesto es lo artificial, lo realizado por el hombre, "lo que es por naturaleza se encuentra en el polo opuesto de lo que es por *nómos* (que en general se traduce como "ley" o "convención"), esto es, aquello que no sólo no existe por sí mismo, ni por la acción del hombre propiamente dicha, sino que existe sólo porque hay hombres que sostienen o postulan su existencia, o porque acuerdan acerca de su existencia"¹. Hace referencia también al orden, el origen, el "crecimiento" (*physis*)² de las cosas, es utilizado

para expresar la concepción antropológica inicial del hombre.

Cada autor tiene una visión acerca del estadio primigenio del ser humano, y con base a ese concepto determinaron el origen y la necesidad de la comunidad política. La relación que se configura alrededor de esos dos conceptos, fue la que determinó las diferencias de sus postulados filosófico-políticos. Para unos la comunidad política es natural y para otros nace por convención, y esta diferencia responde a la comprensión de la relación entre la naturaleza del hombre y la necesidad de una organización civil.

La política tiene una gran relación con las demás ciencias humanas. Buscó tener un vínculo directo con la ética en la Antigüedad con Aristóteles y con Santo Tomás en la Baja Edad Media. En esas dos propuestas filosóficas se consideraba que la conducta moral del individuo ayudaba a consolidar el comportamiento de la comunidad política. Pero tras la Reforma Protestante, impulsada por el alemán Martín Lutero, ese vínculo se rompe y las consecuencias se ven reflejadas en las corrientes políticas posteriores, especialmente entre los Contractualistas (Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau y John Locke), exponentes de la filosofía política moderna.

Según Lutero en la confesión de Westminster:

LA CAÍDA DEL HOMBRE, EL PECADO Y SU CASTIGO³

I)...Nuestros primeros padres, seducidos por la sutileza y tentación de Satanás, pecaron comiendo del fruto prohibido (Gen. 3:13; 2*Cor. 11:3), Plugo a Dios, conforme a su sabio y santo propósito, permitir este pecado proponiéndose ordenarlo para su propia gloria. (Rom.11:32)

II)...Por este pecado cayeron de su justicia original y perdieron la comunión con Dios, (gen 3:7,8; Eclst. 7:29; Rom. 3:23), y así quedaron muertos en el pecado (Efs.2:1;

Rom. 5:12), y totalmente corrompido en todas las facultades y partes del alma y del cuerpo. (Gen. 6:15)

III)...Siendo ellos la raíz de la raza humana, la culpa de este pecado fue imputada a su posteridad (Hech. 17:26, Gen. 2:16,17, comp. Rom. 5:12; 15-19; I*Cor. 15:21; 22, 45, 49), y la misma muerte en el pecado y la naturaleza corrompida se transmitieron a aquella que desciende de ellos según la generación ordinaria. (Salm. 51:5; Gen. 5:3; Job 14:4; 15:14)

IV)...De esta corrupción original, por la cual carecemos de disposición y aptitud para todo bien (Rom. 5:6; 8:7; 7:18; Juan 3:6); y estamos opuestos a este, así como enteramente inclinados a todo mal (Gen. 8:21; Rom.3:10-12), dimanen todas nuestras transgresiones actuales. (Stgo. 1:14, 15; Mat. 15:19)

V)...Esta corrupción de naturaleza dura toda la vida aun en aquellos que son regenerados, (Rom. 7:14, 17, 18, 23; Prov. 20:9; Eclst. 7:20), y aun cuando sea perdonada y amortiguada por medio de la fe en Cristo, sin embargo, ella, y todos los efectos de ella son verdadera y propiamente pecado. (Rom.7:5, 7, 8,25)

VI)... Todo pecado, ya sea original o actual, siendo una transgresión de la justa ley de Dios y contrario a ella (I* Juan 3:4) por su propia naturaleza trae culpabilidad sobre el pecador (Rom. 3:19) por lo que este queda bajo la ira de Dios (Efs. 2:3), de la maldición de la ley (Galt. 3:10), y por lo tanto sujeto a la muerte, (Rom. 6:23) con todas las miserias espirituales (Efs. 4:18), temporales (Lam. 3:39) y eterna (Mat. 25:41)

De esta manera explica el concepto de naturaleza caída, con la cual presenta una visión antropológica pesimista. Ese concepto se convierte en la base de la necesidad de instaurar el gobierno de la espada.

2. Tradición Antigua y Medieval: Aristóteles y Santo Tomás de Aquino

Aristóteles es el más grande exponente de la teoría política en la Antigüedad. Para comprender la tradición clásica es necesario entender la relación que presenta entre política y ética, su concepción sobre la naturaleza del hombre, y la utilidad y funcionalidad de la *polis*.

Para Aristóteles el hombre tiene una naturaleza teleológica, es decir de finalidades, está llamado a la virtud, a realizar un hábito operativo bueno que lo conduce a su perfeccionamiento y sólo lo va a alcanzar dentro de la *polis*. Es un ser bueno en acto, con perfeccionamiento potencial, que busca alcanzar el fin supremo que es la felicidad.

Según comenta Alejandro Vigo:

Aristóteles considera a estructuras sociales tales como la familia, la casa, la aldea y la ciudad o comunidad política (*pólis*) como resultado de un proceso de desarrollo y sostiene sin embargo al mismo tiempo que aquellas existen “por naturaleza”. La última expresión no apunta aquí, por tanto, a un carácter supuestamente ordinario, desde el punto de vista histórico, sino más bien al hecho de que es sólo en el marco de dichas estructuras y de la mediación cultural que ellas facilitan como puede el hombre llegar al pleno despliegue de las capacidades naturales que lo distinguen de los demás vivientes y, con ello, a alcanzar plena conformidad con su propia naturaleza⁴.

Aristóteles observa al individuo como un ser interdependiente, el cual para vivir bien de acuerdo a su naturaleza teleológica necesita una comunidad perfecta, superior a las aldeas y familias, que sea autosuficiente y funcione como un solo cuerpo, en ella cada uno tiene un deber y lo cumple para el

bien de toda la comunidad, “-el hombre por naturaleza es un ser político- Anthrops zoon politikon physei estin”⁻⁵, es decir, está llamado a pertenecer a la comunidad política, necesita que exista, para poder en ella desarrollarse, es la institución conforme a su naturaleza en la cual alcanzará su fin máximo, está dispuesto por naturaleza a ser un ciudadano. Sólo en la *Polis* se alcanza el *Areté*.

Aristóteles explica qué es la ciudad y cuál es el ciudadano. La primera la define como cierta multitud de ciudadanos⁶, y estos son quienes participan en la administración de justicia y en el gobierno⁷, tienen derecho de participar en la función deliberativa o judicial de la ciudad, esta es una muchedumbre de tales ciudadanos suficiente para vivir con autarquía⁸. Por eso las leyes que rigen la comunidad deben estar configuradas de tal modo que conviertan a los individuos en ciudadanos, que los eduquen ética y políticamente⁹, no son creadas para contener al hombre. El individuo tiene un perfeccionamiento potencial, actúa porque concibe sus actos como buenos, es decir está orientado hacia el bien.

En la Edad Media Santo Tomás redescubre a Aristóteles, y se basa en sus postulados para decir que “el hombre tiene como natural el vivir en una sociedad de muchos miembros”¹⁰, explica también que:

Únicamente en comunidad tiene un conocimiento natural de lo necesario para su vida de modo que, valiéndose de los principios naturales a través de la razón llega al conocimiento de cada una de las cosas necesarias para la vida humana. No es, por tanto, posible que un solo hombre llegue a conocer todas estas cosas a través de su razón. Luego el hombre necesita vivir en sociedad, ayudarse uno a otro, de manera que cada uno investigue una cosa por medio de la razón, uno la medicina, uno esto, otro aquello¹¹.

Esta sociedad y estos propósitos nobles no se desarrollan de manera anárquica, requieren un orden, por eso explica el Doctor Angélico: “luego si la naturaleza del hombre exige que viva en una sociedad plural, es preciso que haya en los hombres algo por lo que se rija la mayoría”¹², y en esto consiste la comunidad política.

Igual que en Aristóteles, en la Suma Teológica, Santo Tomás explica que la *polis* es el lugar necesario para la virtud:

El hombre tiene por naturaleza una cierta disposición para la virtud; pero la perfección de esta virtud no la puede alcanzar sino merced a la disciplina [...] Ahora bien, esta disciplina que obliga mediante el temor a la pena, es la disciplina de la ley. Luego era necesario para la paz y la virtud de los hombres que se instituyeran leyes. Porque, como dice el Filósofo en *I Polit.*: *Si bien el hombre ejercitado en la virtud es el mejor de los animales, cuando se aparta de la ley y la justicia es el peor de todos ellos*. Y es que, para satisfacer sus concupiscencias y sus iras, el hombre cuenta con el arma de la inteligencia, que no poseen los demás animales¹³.

Los postulados aristotélicos tuvieron vigencia en la Baja Edad Media gracias a Santo Tomás, pero en la Reforma Lutero lanzó fuertes críticas contra el Estagirita y la Filosofía Escolástica buscando su deslegitimación. El reformador decía “toda la Ética de Aristóteles es la peor enemiga de la Gracia [...]. Ninguna forma silogística es válida cuando se aplica a términos divinos [...]. Todo Aristóteles es a la teología lo que la oscuridad es a la luz”¹⁴.

Los Contractualistas parecen haber abandonado los postulados clásicos y medievales gracias a la influencia luterana, ya que desde Lutero la naturaleza del hombre se considera caída, lo cual será la base definitoria para cambiar la idea acerca del origen y la necesidad del Estado.

3. Lutero: relación entre la naturaleza caída y la necesidad del gobierno secular

En el siglo XVI tiene lugar la Reforma impulsada por Martín Lutero, este proceso de naturaleza religiosa y base teológica, trajo consigo transformaciones políticas que influyeron en el desarrollo del pensamiento y el accionar político posterior. Lutero creó una teoría acerca de la necesidad del gobierno secular, sus límites y la relación de éste con el Reino de Dios, como respuesta a la naturaleza caída del hombre.

Pretendió demostrar que el gobierno secular es impuesto por Dios para ayudar al hombre a estar en gracia, su necesidad se debe a la naturaleza caída del hombre, “es voluntad de Dios que se emplee la espada y el derecho seculares para el castigo de los malos y para la protección de los buenos”¹⁵.

La naturaleza caída hace referencia a que el hombre nace con el pecado original, por eso es corrupto, no es capaz de hacer cosas buenas por sí mismo, sino que, todo lo bueno que hace es realizado por mérito de Dios, por la gracia que le da al hombre. Contrario a la concepción aristotélica y tomista que concibe al hombre en una naturaleza que tiende a la virtud y es perfectible.

En oposición a ese postulado y en defensa de la doctrina de Santo Tomás, los tomistas post-Reforma, en particular Francisco Suarez perteneciente a la Escuela de Salamanca en su libro *De Legibus*, explica que “el Estado no es una consecuencia del pecado”¹⁶, continua diciendo “está tan enraizado en la naturaleza humana, que hubiera crecido también en el *status naturae pure*, es decir sin la Caída”¹⁷.

Si bien el Estado aun en Santo Tomás tiene algunas cualidades derivadas del pecado como su poder coercitivo, no se puede fundamentar en él,

puesto que es algo que viene dado por relación directa con la naturaleza del hombre, el cual necesita organizarse para alcanzar fines, así que el Estado no puede existir para “proteger el bien y castigar el mal” exclusivamente como lo sustenta Lutero, sino que, la comunidad política es natural, responde a la naturaleza social y política del hombre, como ya se explicó antes.

El hombre es un ser creado a imagen y semejanza de Dios, al revelarse contra él, se convierte en un ser caído. Lutero explica la separación entre la autoridad política y la divina, por medio de la teoría de los dos Reinos: “Estableció Dios estos dos gobiernos: el espiritual, que hace cristianos y buenos por el Espíritu Santo, bajo Cristo, y el secular, que obliga a los no cristianos y a los malos a mantener la paz y estar tranquilos externamente, sin que se les deba por ello ningún agradecimiento”¹⁸.

El Reino de Dios es el que está bajo el poder y la autoridad de Cristo, a éste pertenecen los verdaderos cristianos, los cuales actúan conforme a los mandamientos de la Escritura. Para Lutero el hombre justo se salva sólo por la fe en Dios y no por las obras, no pueden ser consideradas como un medio para alcanzar la salvación. Es una clara diferencia con la concepción de Santo Tomás, pues para él la fe dirige las obras, las cuales contribuyen a nuestra virtud, con ellas agradamos a Dios y nos acercamos a un perfeccionamiento que conduce a la salvación. En este Reino están los que sólo por la fe pueden conocer la Escritura.

Sólo la fe permite la concepción de los asuntos superiores, no considera tal equilibrio entre ésta y la razón, se debe utilizar para poder vivir en el Reino de Dios. La razón no sirve para conocer la Escritura, pues se ve manchada por la naturaleza caída, tiene su propio lugar, sirve para conocer “objetos inferiores”, es decir, los asuntos del Reino Secular¹⁹, es considerada la “prostituta del diablo”²⁰.

Lutero pensaba que el pecado original había destruido profundamente la bondad de la natu-

raleza humana, “ya que la gracia no puede corregir su propia maldad, sino simplemente cubrirla (*natura deleta*). Niega que la razón sea capaz de reconocer la ley natural y que la voluntad se esfuerzase por seguirla”²¹. Entiéndase eso dentro del contexto contra el cual él reacciona, pues se queja de que “la teología escolástica, animada por la gran síntesis alcanzada por Santo Tomás de Aquino ente la fe y la razón, llegó a una identificación con la fe, que redujo la doctrina cristiana a un código de leyes y cánones”²².

Los verdaderos cristianos pueden vivir bajo el Reino de Dios, sólo eso basta, “todos los cristianos tienen una naturaleza por el espíritu y por la fe para obrar bien y justamente, más de lo que se les podría enseñar con todas las leyes y no necesitan para sí mismos ninguna ley ni ningún derecho”²³. Pero, dijo San Pablo que “como ningún hombre es por naturaleza cristiano o piadoso sino que todos son pecadores y malos. Dios les prohíbe a todos ellos por medio de la ley, que pongan en práctica su maldad con obras externas, según sus malas intenciones”²⁴. Lutero siguiendo lo dicho por el Apóstol dice que “la ley ha sido dada a causa de los injustos, es decir, para obligar externamente a aquellos que no son cristianos a evitar las malas acciones”²⁵.

El gobierno secular es el vigilante del cumplimiento de las leyes. “La ley sólo cuenta en cuanto contiene la voluntad moral de Dios para con sus hijos”²⁶, por eso “fue dada para darnos a conocer el pecado, pero no tiene el poder de salvarnos ni redimirnos de él”²⁷. Y añade que “las obras no justifican, Dios es quien justifica, pero también es quien regenera y mediante la regeneración del Espíritu capacita para cumplir la voluntad divina expresada en la Ley”²⁸.

Crea el Reino secular, para los fines de la vida temporal, leyes que afecten al cuerpo, lo exterior. El poder del gobierno secular, viene directamente dado por Dios y los gobernantes son sus delegados. Afirma San Pablo en Romanos 13,1 y s., “el poder está instituido por Dios” y “el poder no

lleva en vano la espada, es servidor de Dios para ayudarle a lo bueno, vengador de quien hace el mal”²⁹. La autoridad política está sometida al poder de Dios.

“El Reino Secular debe ser independiente de la iglesia, se concebirá el Estado neutro. El príncipe entra de hecho en el gobierno de la iglesia, pero no como príncipe, sino como cristiano.”³⁰ Al ser legitimado por Dios su gobierno, no necesita aprobación por parte de alguna otra institución, así como tampoco puede ser revocado por parte de ninguna.

Se genera un rompimiento con la tradición medieval, en donde el poder temporal necesitaba la legitimación por parte de la Iglesia para la obediencia de los súbditos. Esta ruptura será una de las más determinantes en el pensamiento moderno y es quizá en términos políticos la principal influencia de la Reforma, “la desaparición del orden eclesiástico hizo al Estado más soberano e independiente al asumir mayores competencias en materia de religión y cultura.”³¹

Los límites de la autoridad en la tierra, se encuentran en los fines del Reino Secular, es decir en lo temporal. La comunidad, más exactamente el príncipe, no puede buscar imponer un plan de vida único, justificando que con él se alcanza el perfeccionamiento, sólo debe aceptarse la enseñanza de la palabra de Dios, ya que ésta no va en contra de la creencia individual por la fe, sino que, por el contrario la garantiza, el único plan de vida aceptable, es el que está en las Escrituras. Cada hombre se convierte en un ser autónomo que puede interpretar por sí mismo la palabra de Dios y así determinar su propio camino de vida. Es deber del gobierno secular garantizar la fe y la creencia en Dios, pues es Él quien garantiza su gobierno, si el pueblo pierde la fe, pierde a Dios y el soberano deja de tener legitimidad.

Lutero deja un vacío a la hora de determinar cómo deberá ser el gobierno del Reino Secular, justificará el uso de la razón exclusivamente para determinar cómo gobernar, por eso está permitida la lectura de

autores paganos como Aristóteles, para el manejo del Reino Secular, pero lo excluye de cualquier asunto que tenga que ver con teología.

“Dios creo el gobierno secular sujeto a la razón porque no debe tener jurisdicción sobre el bienestar de las almas o cosas de valor eterno, sino sólo sobre los bienes corpóreos y temporales, que Dios coloca bajo dominio del hombre. Por esta razón, nada se nos enseña en el Evangelio sobre cómo debemos mantener y regular, salvo que el Evangelio pide al pueblo honrarlo y no oponerse a él. Por tanto, los paganos pueden hablar y enseñar muy bien acerca de esto, como lo han hecho. Y a decir verdad, son mucho más hábiles en tales cuestiones que los cristianos [...]. El que desee aprender y llegar a sabio en el gobierno secular, que lea los libros y escritos de los paganos”³².

Hace referencia especialmente a los escritos de Aristóteles, si bien difería completamente de él en cuanto a los conceptos de naturaleza, en la manera como interpretaban al hombre y al gobierno secular. Lo consideraba una de las más grandes y mejores fuentes en materia de gobierno, la teoría política aristotélica es tan completa que debe ser tenida en cuenta para el manejo del Reino Secular.

La obediencia al soberano, va legitimada por ser un elegido de Dios, así los hombres deben confiar en las buenas disposiciones de sus soberanos, “en lo que está en la tierra y pertenece al reino terrenal y temporal ha recibido el hombre poder de Dios; pero lo que pertenece al cielo y al reino eterno está exclusivamente bajo el señor celestial”³³, deben tener en cuenta los súbditos que antes del soberano está Dios y dijo San Pedro “hay que obedecer a Dios antes que a los hombres”³⁴. Por tal motivo si bien se debe obedecer al príncipe en los asuntos que conciernen a lo temporal, es válido y necesario desobedecerlo si pretende interferir en los asuntos de Dios “si no te opones a él (refiriéndose al gobernante) y le permites que te quite la fe o los libros, has renegado verdaderamente de Dios”³⁵

La relación entre la naturaleza caída del hombre y la necesidad de la creación de un gobierno secular es evidente en Lutero, la fundamenta con base en la Escritura, los hombres por su naturaleza caída no pueden gobernarse a sí mismos y estar en gracia con Dios, requieren de la ley para poder orientar su comportamiento hacia lo bueno.

La Reforma tuvo gran influencia en la nueva configuración cultural y religiosa que se dio a través de Europa a partir del siglo XVI. Los Contractualistas verán en sus países de origen la influencia de la Reforma, por eso buscaron crear teorías acerca de los límites del gobierno y la obediencia que se debe al soberano, igual que lo hizo Lutero. Locke, Hobbes y Rousseau, utilizaron la razón como la dictadora de esos preceptos.

4. Lutero y los Contractualistas

Tras la Reforma, el individuo se convierte en el centro de la vida social, cada uno a partir de la interpretación de las escrituras se da a sí mismo su propio plan de vida. La comunidad deja de ser el eje de la vida social, pues ya no se necesita de ella para el desarrollo perfectivo. El gobierno secular se fundamenta en la *caída de la naturaleza del hombre*, es necesario según Lutero “para el castigo de los malos y para la protección de los buenos”³⁶.

Ese planteamiento será muy influyente en el pensamiento político moderno, especialmente entre los Contractualistas, “los ilustrados del siglo XVIII consideraron a Lutero como un precursor de la libertad, como un luchador contra la tradición y el orden jerárquico y como un defensor de la autonomía del individuo.”³⁷ Esta afirmación sin duda sintetiza la influencia de Lutero en los ilustrados, sin embargo se debe tratar con cuidado, pues si bien los Contractualistas son post-Reforma y pertenecen a ese grupo, no hacen una alusión directa acerca del reformador alemán y de cómo influyó en su pensamiento.

A pesar de esto, gracias a los elementos comunes que comparten podemos decir que si representó una influencia, ya sea directamente por sus postulados o por la ruptura que estos generaron en Europa, lo que estableció la necesidad de explicar cómo recuperar el orden político o establecer uno nuevo. Como resultado de las convulsiones creadas en este continente por la separación entre el poder religioso y el gobierno temporal, permitiendo el nacimiento o la consolidación de las bases de lo que serían los Estados modernos.

El individualismo de La filosofía política moderna que invierte las propiedades metodológicas, ontológicas y axiológicas del aristotelismo político, tiene consecuencias revolucionarias en el ámbito de la legitimación. La Filosofía Política de la Edad Moderna es en sus comienzos históricos y sistemáticos una filosofía de la legitimación del dominio³⁸.

Hasta antes de la Reforma el poder temporal estaba legitimado por la Iglesia de Roma en la mayor parte de los Reinos europeos, pero tras la ruptura que generan los postulados de Lutero, esa justificación deja de ser válida, así que se vuelve necesario encontrar una nueva forma de argumentar la existencia del poder, pero sobre todo su autoridad.

Lutero pone el fundamento de la legitimidad en Dios, pero en el pensamiento moderno post-Reforma, no todos los filósofos políticos lo van a ver de esa manera, pues revive la disputa entre razón y fe, ganando la primera para interpretar al mundo y sus asuntos, dejando a Dios sólo como gobernante de las almas de los creyentes, pero sin ningún poder para justificar la autoridad del poder en la tierra.

Contrario a los postulados aristotélicos sobre la mejor forma de gobierno, los pensadores modernos buscaron justificar la autoridad independientemente del régimen que la vaya a representar. Según Wolfgang Kersting:

En el marco de la filosofía política moderna, el dominio está por principio requerido de legitimación y es legítimo únicamente en la medida en que pueda ser retrotraído al acuerdo de los individuos, en la medida en que el Estado y la constitución se pueden comprender de modo contractual como resultado de la unión también contractual entre individuos³⁹.

Los filósofos más sobresalientes que mantuvieron la necesidad de esta convención fueron Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau y John Locke, los cuales crearon teorías que permitieron determinar el origen y la legitimidad del gobierno. Dice Paul Johnson “cuando, en el siglo XVIII, declina el reconocimiento social a la función ductora del clero, surge, para llenar el vacío, el intelectual laico”⁴⁰. Según él, “muchos de estos intelectuales ilustrados se asignaron a sí mismos la misión de decir al género humano cómo debía comportarse. No aspiraban a ser servidores e intérpretes de Dios, sino, súbditos de Dios”⁴¹.

El Contrato o pacto derivado de la convención, fue la nueva forma de legitimar el poder, el cual permite que el hombre viva conforme a los planteamientos dados por sí mismo, ya que son los más convenientes para su desarrollo.

Para analizar la influencia de Lutero en los Contractualistas es necesario hacer una distinción entre el concepto de naturaleza que ellos interpretaron y cómo influyó en la necesidad de establecer un gobierno secular, el cual para ellos será determinado por el Contrato.

Retomando a Kersting, en su libro *Filosofía Política del Contractualismo*

Detrás de la idea del Contrato se encuentra un individualismo que concibe a la comunidad política no como lugar de formación ética, sino como un orden coercitivo para regular el comportamiento, un marco institucional que garantiza la coexistencia, que es efectivo en la coordinación de la ac-

ción, pero incapaz de hacer a los ciudadanos buenos y justos⁴².

En esta afirmación encontramos una ruptura evidente con la tradición aristotélica de la comunidad como espacio para el perfeccionamiento de las virtudes de los hombres. Dice Aristóteles:

Para la ciudad que verdaderamente sea considerada tal, y no sólo de nombre, debe ser objeto de preocupación por la virtud, pues si no la comunidad se reduce a una alianza militar que sólo se diferencia especialmente de aquellas alianzas cuyos aliados son lejanos, y la ley resulta un convenio y, como dijo Licofrón el sofista, una garantía de los derechos de unos y otros, pero no es capaz de hacer a los ciudadanos buenos y justos⁴³.

En oposición se ve la influencia de los postulados de Lutero, la necesidad de la comunidad política para regular las acciones de los hombres, los cuales no pueden ser perfectibles, pues están manchados por el pecado original, el cual los dejó como seres de naturaleza caída.

Tras la Reforma Europa va a sufrir una transformación “el éxito de la Reforma protestante marca el comienzo del ocaso del monopolio sobre la vida de occidente”⁴⁴. Es necesario hacer referencia a los casos de Inglaterra y Francia pues los Contractualistas modernos son originarios de esos Estados. Por un lado “es característica la separación de Inglaterra de la catolicidad y su ingreso en el campo reformado. Las exigencias de renovación y de liberación eclesiástica se unen a esta isla a las del poder centralizador monárquico”⁴⁵. Y por el otro, Francia se ve “caracterizada por la afirmación en este país de la otra tendencia mayor del campo protestante, el calvinismo”⁴⁶. Esta tendencia es de gran influencia pues “por primera vez en la historia de Occidente la función moral del cristianismo será ejercida, orgánicamente, atendiendo más a la vida terrenal que al destino celestial del creyente.”⁴⁷ El nuevo orden de estos dos países presen-

ta una mezcla entre religión y política, Hobbes, Rousseau y Locke, vivirán esos cambios e influidos por lo que generaron en la sociedad plantearon sus teorías.

El primero en hablar del Contrato fue el inglés Thomas Hobbes, nació en 1588, hijo de un Vicario anglicano, vivió en una Inglaterra puritana, en el contexto de las Guerras Religiosas desencadenadas por la ruptura entre política y religión causada por la Reforma. Estaba en París cuando asesinaron a Enrique IV, en 1649 presenció la ejecución de Carlos I producto del triunfo de la revolución de Cromwell, según Marcel Prelot y Georges Lescuye “el sentimiento que domina a Hobbes es el pavor”⁴⁸.

Su obra más famosa el *Leviatán*, publicada en 1651, “fue mal vista por el clero anglicano y por Carlos II, ya que al parecer trato de llamar la atención de Cromwell con su publicación y fue una justificación de su poder”⁴⁹. En esta obra vemos precisamente que, como comenta Spaemann, “la razón del Estado no es ya la vida buena, sino simplemente la vida”⁵⁰. Como se ha explicado esto representa un rompimiento con Aristóteles y Santo Tomás, quien comentando la *POLÍTICA*, dice que “por las leyes de la ciudad se ordena la vida de los hombres hacia las virtudes”⁵¹, es decir, se busca llevar la vida a su plenitud y no simplemente conservarla. La teoría hobbesiana es una respuesta al pensamiento clásico-medieval.

Para Hobbes la naturaleza es el estado primigenio en el que está el hombre, crítica a los clásicos pues dicen que fallaron en llevar a los hombres hacia la paz que es la primera ley natural “la ley primera y fundamental de naturaleza ordena a los hombres a buscar la paz”⁵². El autor inglés afirmaba que “la causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir en Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura el logro de una vida más armónica. El fin del Estado es particularmente, la

seguridad”⁵³. Es necesario la instauración de un Contrato que garantice que el hombre saldrá del estado de naturaleza que es guerra y así asegure la paz y la seguridad.

Para Hobbes el derecho natural es hacer lo que se tenga que hacer (lo que sea necesario), para conservar la propia vida en el estado natural de guerra. Según Carlos Valverde:

Admite Hobbes una ley natural, pero es muy significativa la definición que da de ella: <<Es un precepto o regla general encontrada por la razón, por la cual se le prohíbe al hombre hacer aquello que sea destructivo para su vida, o que le arrebathe los medios de preservar la misma, y omitir aquello con lo que cree puede mejor preservarla>>⁵⁴

Igual que Lutero, no ve al hombre como un ser bueno por naturaleza, para Hobbes las pasiones llevan a hombre a desencadenar su maldad, por eso deben ser contenidas. Comparte con el teólogo reformista la existencia del Estado para contener el mal.

Para el filósofo inglés, el Estado es “una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos como lo juzgue oportuno para asegurar la paz y defensa común”⁵⁵. Con el Contrato se busca que cada individuo confiera todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales por pluralidad de votos puedan reducir sus voluntades a una voluntad:

Un Estado ha sido *instituido* cuando una multitud conviene y pacta, *cada uno con cada uno*, que a un cierto *hombre* o *asamblea de hombres* se le otorgará, por mayoría, el *derechos de representar* a la persona de todos (es decir, de ser su *representante*) [...] al objeto de vivir apaciblemente entre sí y ser protegidos.⁵⁶

El hombre por naturaleza no es bueno, crea y acepta el Contrato para contener sus pasiones – su apetito irracional en estado de guerra lo lleva a ser un ser insaciable – pero para su conservación. Utiliza la razón para convenir con los otros el aplacamiento de las voluntades y de las vanidades individuales, Leo Strauss comentando a Hobbes añade, “sólo el Estado es capaz de contener el orgullo de modo duradero; de hecho, no tendría ninguna *raison d’être* si el apetito natural del hombre no fuera orgullo, ambición y vanidad”⁵⁷. La comunidad política no es natural, es una creación del hombre, el ciudadano es un artificio creado para mantener su propia vida.

En una orilla distinta encontramos a Jean-Jacques Rousseau. Nació en Ginebra, el 28 de junio de 1712, hijo de padres protestantes calvinistas franceses. Para entender el planteamiento político de Rousseau es necesario comprender su visión acerca de la naturaleza del hombre. En el segundo discurso (*Discurso sobre el origen y la desigualdad entre los hombres*) es donde por primera vez hace referencia al *buen salvaje*, para referirse al Estado natural, en el que está no existen vicios y se posee la piedad como virtud natural. En ese estadio se es libre, independiente e igual a los demás.

Rousseau pretende afirmar “que el hombre es bueno por naturaleza y que son las instituciones sociales las que lo hacen malo”⁵⁸. Partiendo de esa base, la relación entre la naturaleza del hombre y el Contrato Social como forma de organización política resulta negativa, dentro del estado de naturaleza, pero es necesario para revertir los males causados por haber abandonado ese estadio.

Aparece el Contrato porque, es necesario:

Encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y bienes de cada uno de los asociados; pero de modo que cada uno de estos uniéndose a todos, sólo obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes. La

resolución de este problema se encuentra en el Contrato social⁵⁹.

Es un mal necesario. Malo dentro del estado de naturaleza, pero necesario fuera de él, porque amortigua el daño ocasionado al haber abandonado ese estadio primario, imposible de recuperar en su forma original, pero con el Contrato puede recobrar algunos de sus atributos perdidos.

Rousseau, a diferencia de Lutero, Hobbes y Locke, considera al hombre como bueno. En palabras de Rawls hay dos motivos por los cuales el francés considera la naturaleza buena del hombre, el primero como una reacción contra la doctrina agustiniana del pecado original, en concreto lo referente a la esclavitud y la propiedad privada. Los pensadores de la patrística afirmaban que Dios refrendaba esas instituciones porque eran un remedio a la tendencia del hombre a pecar, “la función de la ley y las instituciones sociales es la de contener la naturaleza pecaminosa del hombre”⁶⁰ a lo que Rousseau respondió que:

Esas prácticas son producto del desarrollo histórico del hombre bajo unas nuevas condiciones presentes no en su estado natural, sino propias de la vida en sociedad, así que no son inherentes a su naturaleza, no son creadas o impuestas por Dios, son producto del desarrollo social del hombre guiado por la razón⁶¹.

Lutero es de inspiración agustiniana, por lo cual ve una relación con lo expuesto en esta doctrina, contra la que reaccionó Rousseau.

El segundo aspecto es contra la teoría de Hobbes, acerca de las características del hombre en el estado de naturaleza, para Rousseau, la vanidad, el orgullo, el deseo de poder, etc., no son propias de la naturaleza del hombre, como afirmaba Hobbes. Sino que, son producto del *amor propio* es decir, el amor que siente por sí mismo el hombre, el cual lo hace querer dominar a los otros, es algo propio del estado civil. La crítica que hace, es que Hobbes analizó al hombre no buscando su verda-

dero estado de naturaleza, sino viéndolo bajo la autoridad de la comunidad política.

Hobbes dice, que por no tener ninguna idea de la bondad, es el hombre naturalmente malo; que es vicioso porque desconoce la virtud; que rehúsa siempre a sus semejantes los servicios que no se cree en deber de prestarles, ni que en virtud del derecho que se atribuye con razón sobre las cosas de que tiene necesidad, imaginarse localmente el único propietario de todo el universo. Hobbes ha visto perfectamente el defecto de todas las definiciones modernas del derecho natural, pero las consecuencias que saca de la suya demuestran que no es está menos falsa⁶².

El hombre descrito por el filósofo inglés tiene ya incorporadas esas características abyectas, diferentes a las que observó el ginebrino al buscar el verdadero hombre en su estado de naturaleza, porque partieron de puntos de vista diferentes, Rousseau vio en los Caribes venezolanos hombres en estado de naturaleza, mientras que Hobbes no hizo referencia a ninguna comunidad anterior, sino que se basó, en lo que según él, es natural a los individuos cuando tienen que luchar por su conservación.

El Contrato debe existir, pues al instaurarse la propiedad el hombre abandona su estado de naturaleza “el primero que, habiendo cercado un terreno, descubrió la manera de decir: **Esto me pertenece**, y halló gentes bastante sencillas para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil”⁶³. Se generó un estado de guerra por la propiedad, el cual es malo. Si quiere revertir ese estado de guerra y recuperar algunas de las condiciones que tenía en su estado de naturaleza deben firmar el Contrato.

La organización política existe también para contener el mal, desencadenado por la propiedad, previo a la formación de la comunidad política. También para intentar devolver la bondad de los

hombres. A diferencia del reformador, el ginebrino consideró que el hombre puede recuperar algo de su virtud dentro de la comunidad política.

Quien sostiene un vínculo más cercano con los postulados luteranos es el inglés John Locke. Nació en 1632 y tuvo una formación de inspiración cristiana. Su padre fue un pequeño burgués calvinista (puritano), además el joven John se vio fuertemente influenciado por la Guerras de Religión que se produjeron tras la Paz de Wesfalia y sobre estas va a escribir su *Carta sobre la Tolerancia*. Planteó en esa Carta una separación tajante entre Iglesia y Estado, igual que Lutero, y entre religión y política. Comparte con el reformista las funciones de las dos instituciones (Iglesia y Estado), como si hiciera una alusión directa al Reino de Dios y el Reino Secular propuesto por Lutero.

Para Locke en el estado de naturaleza hay perfecta igualdad, libertad y no se depende de la voluntad de ningún otro hombre. La ley natural existe antes del Estado:

El estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones⁶⁴.

Considera la existencia del pecado original, porque el hombre es capaz de ir en contra de la ley natural que es derivación de la ley divina:

Al transgredir la ley de naturaleza, el que realiza una ofensa está declarando que vive guiándose por reglas diferentes de las que manda la razón y la equidad común, las cuales son las normas que Dios ha establecido para regular las acciones de los hombres en beneficio de su seguridad mutua⁶⁵.

Locke plantea que el hombre “en virtud de la ley fundamental de naturaleza, debe conservarse a sí mismo hasta donde le resulte posible”⁶⁶, ante “la

falta de un juez común que posea autoridad pone a todos los hombres en un estado de naturaleza; la fuerza que se ejerce sin derecho y que atenta contra la persona de un individuo produce un estado de guerra”⁶⁷. Así que “para evitar este estado de guerra [...] con gran razón los hombres se ponen a sí mismos en un estado de sociedad y abandonan el estado de naturaleza”⁶⁸.

Los hombres necesitan asociarse y formar la comunidad política, no por considerar que los hombres no puedan vivir fuera de ella, contrario a lo que afirmaba Aristóteles. Sino que, como no todos cumplen la ley natural, es necesario que se realice la convención, la cual se justifica por la tendencia del hombre hacia el mal, en contra de la ley que le fue dada. El Estado aplaca los vicios que hacen que atente contra otros seres para su auto conservación, ya no puede aplicar con sus propias manos la ley natural como antes, sino que se limita a lo pactado para garantizar su seguridad, es conveniente a la naturaleza del hombre la asociación, pero no por sí misma natural.

En conclusión la influencia de Martín Lutero en el pensamiento Contractualista es evidente, en la ruptura generada entre la Iglesia y el Estado, la cual hizo que se volviera necesario encontrar una nueva forma de legitimar el poder. Los Contractualistas buscarán llenar ese vacío creando teorías que legitimaran el poder temporal.

Su postulado acerca de la naturaleza caída del hombre, plantó las bases de las teorías políticas, las cuales fundamentaron la existencia del Estado como respuesta al estado de guerra, producto de la visión de un hombre que no respondía ya a un ser virtuoso, cuyo perfeccionamiento se daba en la comunidad política, sino un ser de naturaleza corrupta con tendencias al mal que debía ser contenido por medio de una autoridad secular.

La influencia de Lutero en lo Contractualista no se da en cuanto que el primero creyera en la necesidad del Contrato, sino que por la nueva configuración político-religiosa de Europa, era nece-

sario determinar la soberanía en los individuos, que guiados por la razón pactaron alrededor del gobierno temporal.

Para Lutero el gobierno secular no es una creación artificial del hombre, no surge de la voluntad popular y no es un pacto que acepten los individuos con el soberano, como los manifestaron en la modernidad los Contractualistas, sino que, viene dado directamente por Dios como muestra de su infinita misericordia, para prevenir los males entre los hombres producto de su naturaleza caída.

5. Bibliografía

Joaquín ABELLAN, *Estudio preliminar*, en Martín LUTERO, *Escritos Políticos*, Madrid, Tecnos, 1985.

Tomás de AQUINO, *La monarquía*, Madrid, Tecnos, 1989.

Tomás de AQUINO, *Suma teológica*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos BAC, Vol. 6, 2013.

Tomas de AQUINO, *Comentario a La Política de Aristóteles*, Pamplona, Cuadernos de Anuario Filosófico Universidad de Navarra, 1996.

ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Laurence BERNES, *Thomas Hobbes*, en Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY (compiladores), *Historia de la filosofía política*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2001.

Allan BLOOM, *Jean-Jacques Rousseau*, en Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY (compiladores), *Historia de la filosofía política*, México, D.F., Fondo de cultura económica, 2001.

Carlos BOYER, *Lutero: Su doctrina*, Barcelona, Editorial Balmes, 1973.

Duncan B. FORRESTER, *Martín Lutero Juan Calvino*, en Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY (com-

piladores), *Historia de la filosofía política*, México, D.F., Fondo de cultura económica, 2001.

Ernest L. FORTIN, *Santo Tomás de Aquino*, en Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY (compiladores), *Historia de la filosofía política*, México, D.F., Fondo de cultura económica, 2001.

Robert A. GOLDWIN, *John Locke*, en Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY (compiladores), *Historia de la filosofía política*, México, D.F., Fondo de cultura económica, 2001.

Thomas HOBBS, *El Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, México, D.F., Fondo de cultura económica, 1984.

Wolfgang KERSTING, *Filosofía Política del Contractualismo Moderno*, México, D.F., Plaza y Valdés Editores, 2001.

John LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editorial, S.A., 2003.

Carnes LORD, *Aristóteles*, en Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY (compiladores), *Historia de la filosofía política*, México, D.F., Fondo de cultura económica, 2001.

Martín LUTERO, *Comentarios de Martín Lutero Carta del Apóstol Pablo a los Romanos*, Editorial Clie, Barcelona, 1998, Volumen 2.

Martín LUTERO, *Comentarios de Martín Lutero Primera Carta del Apóstol Pablo a Timoteo*, Editorial Clie, Barcelona, 1998, Volumen 5.

Alfonso ROPERO, *Introducción*, en Martín LUTERO, *Comentarios de Martín Lutero Primera Evangelio de Juan Capítulos 1-4*, Editorial Clie, Barcelona, 1998, Volumen 8.

Martín LUTERO, *Sobre la autoridad secular: Hasta donde se le debe obediencia*, en Martín LUTERO, *Escritos Políticos*, Madrid, Tecnos, 1985.

Martín LUTERO, *Si los hombres de armas también pueden estar en gracia*, en Martín LUTERO, *Escritos Políticos*, Madrid, Tecnos, 1985.

- Marcel PRELOT, *La ciencia política*, Bogotá, Editorial Tupac-Amarú, Bogotá 1961.
- John RAWLS, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós, 2009.
- Laureano ROBLES y Ángel CHUECA, *Estudio preliminar*, en Tomás de AQUINO, *La monarquía*, Madrid, Tecnos, 1989.
- José RODRIGUEZ ITURBE, *Historia de las Ideas y del Pensamiento Político*, Bogotá, Ibáñez, Vol. 1, 2007.
- José RODRIGUEZ ITURBE, *Historia de las Ideas y del Pensamiento Político*, Bogotá, Ibáñez, Vol. 2, 2007.
- Heinrich ROMMEN, *El Estado en el pensamiento Católico*, traducción de Enrique TIERNO GALVÁN, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1956.
- Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y las desigualdades entre los hombres*, Bogotá, Ediciones Universales, 1985.
- Alfonso ROPERO, *Introducción*, en Martín LUTERO, *Comentarios de Martín Lutero Primera Evangelio de Juan Capítulos 1-4*, Editorial Clie, Barcelona, Vol. 8, 1998.
- Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, México, D.F., Ediciones Universales, 1985.
- Robert SPAEMAN, *Crítica de las utopías políticas*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1980.
- Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY, *Introducción, Historia de la filosofía política*, México, D.F., Fondo de cultura económica, 2001.
- Leo STRAUSS, *La ciudad y el hombre*, Buenos Aires, Katz, 2006.
- Leo STRAUSS, *La filosofía política de Hobbes*, Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2006.
- Alberto TENENTI y Rugguiero ROMANO, *Los fundamentos del mundo moderno: edad media tardía, renacimiento, reforma*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- Carlos VALVERDE, *Génesis, estructura y análisis de la Modernidad*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos BAC, 2011.
- Alejandro G. VIGO, *Aristóteles: Una introducción*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2006.

Notas

-
- * Estudiante de tercer semestre de Ciencias Políticas en el Programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. geraldinebuza@unisabana.edu.co
- 1 Leo STRAUSS, *La ciudad y el hombre*, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 28-29.
- 2 Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY, *Introducción, Historia de la filosofía política*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 14.
- 3 Martín LUTERO, *Escritos Políticos*, Madrid, Tecnos, 1985, p. XXVI.
- 4 Alejandro G. VIGO, *Aristóteles: Una introducción*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2006, p. 216.
- 5 Wolfgang KERSTING, *Filosofía Política del Contractualismo Moderno*, México, D.F., Plaza y Valdés Editores, 2001, p. 14.



- 6 ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 1274b41.
- 7 *Ibidem*, 1275a23.
- 8 *Ibidem*, 1275b17.
- 9 Wolfgang KERSTING, *Filosofía Política del Contractualismo Moderno*, Op. Cit., p. 15.
- 10 Tomás de AQUINO, *La Monarquía*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 6.
- 11 Tomás de AQUINO, *La Monarquía*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 7.
- 12 Tomás de AQUINO, *La Monarquía*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 7.
- 13 Tomás de AQUINO, *Suma teológica*, Madrid, BAC, Vol. 6, 2013, 1-2 q 95.
- 14 Duncan B. FORRESTER, *Martín Lutero Juan Calvino*, en Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY (compiladores), *Historia de la filosofía política*, México, D.F., Fondo de cultura económica, 2001, pp. 307-308.
- 15 Martín LUTERO, *Sobre la autoridad secular: Hasta donde se le debe obediencia*, en Martín LUTERO, *Escritos Políticos*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 27.
- 16 Heinrich ROMMEN, *El Estado en el pensamiento Católico*, traducción de Enrique TIERNO GALVAN, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1956, p. 204.
- 17 *Ibidem*, p. 204.
- 18 Martín LUTERO, *Si los hombres de armas también pueden estar en gracia*, en Martín LUTERO, *Escritos Políticos*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 30.
- 19 *Ibidem*, p. 32.
- 20 Alfonso ROPER, *Introducción*, en Martín LUTERO, *Comentarios de Martín Lutero Primera Evangelio de Juan Capítulos 1-4*, Editorial Clie, Barcelona, Vol. 8, 1998, p. 24.
- 21 Heinrich ROMMEN, *El Estado en el pensamiento Católico*, traducción de Enrique TIERNO GALVAN, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1956, p. 204.
- 22 Alfonso ROPER, *Introducción*, en Martín LUTERO, *Comentarios de Martín Lutero Primera Evangelio de Juan Capítulos 1-4*, Op. cit., p. 24.
- 23 *Ibidem*, p. 29.
- 24 *Ibidem*, p. 29.
- 25 *Ibidem*, p. 29.
- 26 *Ibidem*, p. 21.
- 27 *Ibidem*, p. 22.
- 28 *Ibidem*, p. 21.

- 29 *Ibidem*, p. 38.
- 30 Carlos BOYER, *Lutero: Su doctrina*, Barcelona, Editorial Balmes, 1973, p. 216.
- 31 Joaquín ABELLAN, *Estudio preliminar*, en Martín LUTERO, *Escritos Políticos*, Madrid, Tecnos, 1985, p. XXXIV.
- 32 Duncan B. FORRESTER, *Martín Lutero Juan Calvino*, en Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY (compiladores), *Historia de la filosofía política*, Op. cit., p. 318.
- 33 Martín LUTERO, *Sobre la autoridad secular: Hasta donde se le debe obediencia*, en Martín LUTERO, *Escritos Políticos*, Op. Cit., p. 49.
- 34 *Ibidem*, p. 49, También en Hechos de los Apóstoles 5, 29.
- 35 *Ibidem*, p. 50.
- 36 *Ibidem*, p. 27.
- 37 Joaquín ABELLAN, *Estudio preliminar*, en Martín LUTERO, *Escritos Políticos*, Op. Cit., p. XXXIV.
- 38 Wolfgang KERSTING, *Filosofía Política del Contractualismo Moderno*, Op. Cit., p. 73.
- 39 *Ibidem*, pp. 73-74.
- 40 José RODRÍGUEZ ITURBE, *Historia de las Ideas y del Pensamiento Político*, Bogotá, Ibáñez, Vol.2, 2007, p. 88.
- 41 *Ibidem*, p. 88.
- 42 Wolfgang KERSTING, *Filosofía Política del Contractualismo Moderno*, Op. Cit., p. 75.
- 43 ARISTÓTELES, *Política*, Op. Cit., 1280b35
- 44 Alberto TENENTI y Rugguiero ROMANO, *Los fundamentos del mundo moderno: edad media tardía, renacimiento, reforma*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 244.
- 45 *Ibidem*, p. 252.
- 46 *Ibidem*, p. 252.
- 47 *Ibidem*, p. 252.
- 48 José RODRÍGUEZ ITURBE, *Historia de las Ideas y del Pensamiento Político*, Op. Cit., p. 3.
- 49 *Ibidem*, p. 5.
- 50 Robert SPAEMAN, *Critica de las utopías políticas*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1980, p. 190.
- 51 Tomás de AQUINO, *Comentario a La Política de Aristóteles*, Pamplona, Cuadernos de Anuario Filosófico Universidad de Navarra, 1996, p. 16.



- 52 Thomas HOBBS, *El Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, México, D.F., Fondo de cultura económica, 1984, p. 124.
- 53 *Ibidem*, p. 137.
- 54 Carlos VALVERDE, *Génesis, estructura y análisis de la Modernidad*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos BAC, 2011, p. 104.
- 55 Thomas HOBBS, *El Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 140.
- 56 *Ibidem*, p. 142.
- 57 Leo STRAUSS, *La filosofía política de Hobbes*, Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2006, p. 36.
- 58 John RAWLS, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós, 2009, p. 250.
- 59 Jean- Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, México, D.F., Ediciones Universales, 1985, p. 18.
- 60 John RAWLS, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Op. cit., p. 261.
- 61 *Ibidem*, p. 261.
- 62 Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y las desigualdades entre los hombres*, Op. cit., p. 49.
- 63 *Ibidem*, p. 60.
- 64 John LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editorial, S.A., 2003, p. 38.
- 65 *Ibidem*, p. 39.
- 66 *Ibidem*, p. 46.
- 67 *Ibidem*, p. 49.
- 68 *Ibidem*, p. 50.

El lenguaje incluyente como defensa de los sujetos de especial protección en Colombia, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho

Andrés David Moncayo Clavijo*

RESUMEN

El lenguaje incluyente en el desarrollo normativo en el marco constitucional colombiano se constituye en la piedra angular del presente análisis, derivado del proyecto de implementación del Centro de Estudios Clínico-legales CESC de la Universidad Libre Seccional Pereira. Así, el presente análisis, se abordará desde la perspectiva de la descripción general de la problemática para seguidamente desarrollar las posturas que al respecto ha tenido la Corte Constitucional frente al manejo del lenguaje, que al momento de analizar la exequibilidad de alguna norma jurídica pueda violar o contrariar principios, valores o derechos constitucionales protegidos, en especial tratándose de sujetos de especial protección constitucional.

Con base en lo anterior, se pretende generar una reflexión en torno a la importancia del uso cotidiano, en la ley y en general frente a cualquier actuación en el marco de lo público, del lenguaje no discriminatorio, para evidenciar que a través de éste se logra de manera efectiva un principio efectivo de protección de sus garantías constitucionales.

ABSTRACT

The inclusive language in the policy development in the Colombian constitutional framework constitutes the cornerstone of this paper derived implementation project of the Center for Clinical CESC-legal studies at the Free University Sectional Pereira. The approach will be presented from the perspective of the general description of the problem and jurisprudential development that has taken place since the Constitutional Court against the handling of language in the rule of law developing the constitutional principles of equality and non-discrimination are discussed focused in subjects of special constitutional protection.

This paper will seek to generate a reflection on the importance of daily use, in law and in general against any action under public, non-discriminatory language, to show that through this effectively achieved one effective principle of protection of constitutional guarantees.

PALABRAS CLAVE

Lenguaje incluyente. Sujetos de especial protección. Valor simbólico e instrumental del lenguaje. Principios, valores y derechos constitucionales.

KEY WORDS

Inclusive language. Subject to special protection. Symbolic language and instrumental value. Principles, values and constitutional rights.

SUMARIO

Introducción. 1. Lenguaje e inclusión. 2. El uso del lenguaje en relación con los grupos de especial protección constitucional. 3. El uso del lenguaje en relación con las personas con discapacidad. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Introducción

A partir del trabajo desarrollado por la Clínica Jurídica en Acciones de Interés Público en materia de discapacidad de la Universidad Libre Seccional Pereira, se han evidenciado a lo largo de todo el proceso múltiples barreras jurídicas, sociales, físicas, psicológicas y ahora lingüísticas, que impiden que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones y con equiparación de oportunidades.

Así las cosas, el presente ensayo busca analizar el lenguaje incluyente como mecanismo que permite -por lo menos en principio-, la defensa de los derechos de los sujetos de especial protección constitucional en Colombia en el marco del Estado social y Democrático de Derecho.

La justificación del análisis propuesto, estriba en razón a que el Derecho y el lenguaje desempeñan roles fundamentales en la creación de realidades sociales a partir de presupuestos normativos y lingüísticos y, en este sentido, resulta de significada importancia que entre ambos se generen relaciones de inclusión, igualdad y no discriminación evitando vulnerar principios, valores y derechos constitucionales de los sujetos destinatarios de sus normas. Analizar el lenguaje y el derecho desde una óptica de reciprocidad que parte del reconocimiento del otro (a) a partir de la dignidad del mismo, es reconocer al otro sujeto en igualdad de derechos y oportunidades, para la consecución de una sociedad justa y democrática.

La metodología trazada parte de ser una investigación de tipo socio-jurídico, aplicando un método descriptivo-analítico con enfoque crítico-social, analizando la información con base en una interpretación sistemática y finalista de orden constitucional, entendiendo que la problemática abordada del manejo del lenguaje incluyente a nivel normativo se describe desde el desarrollo legal y los soportes constitucionales del mismo, teniendo en cuenta el análisis que de la fuente jurisprudencial de orden constitucional se ha realizado en Colombia para hacer efectivos los principios de igualdad y no discriminación.

1. Lenguaje e inclusión

Hablar hoy en día de un lenguaje incluyente, es denotar la evolución de un concepto que ha tenido un profundo desarrollo en línea con los derechos humanos y que logra tener un significativo impacto dado su importancia a partir de las relaciones sociales y la manera como el lenguaje influye en las mismas, al ser éste el instrumento que permite la interacción recíproca entre individuos.

Así, dentro de la dinámica de la defensa de los derechos de los sujetos de especial protección, el lenguaje como instrumento de comunicación,

ocupa un lugar fundamental para la articulación social por cuanto como medio de acción, describe al mundo y su realidad, a las personas y a lo que las rodea, de modo que con las palabras se hace, se hace hacer, se hace pensar, se hace creer, se hace soñar¹.

Justamente un componente esencial del lenguaje, es aquel que consiste en reducir las diferencias otorgando por medio del mismo, primeramente valor a la persona y no a algún componente, condición o rasgo diferenciador, de modo que el lenguaje incluyente es ante todo un lenguaje que pone de primero a la persona, garantizando el respeto y la inclusión.

El lenguaje como articulación e inclusión social, tiene la capacidad de construir a partir de un correcto uso del mismo y de un reconocimiento recíproco por lo menos por dos sujetos agentes, así mismo el incorrecto uso del lenguaje que denote un no reconocimiento del otro, tiene la capacidad de relegar, discriminar, marginar y excluir. Si el lenguaje es comunicación, a su vez es acción simbólica de construcción cultural, al respecto menciona la Corte Constitucional:

“El lenguaje es a un mismo tiempo instrumento y símbolo. Es instrumento, puesto que constituye el medio con fundamento en el cual resulta factible el intercambio de pensamientos entre los seres humanos y la construcción de cultura. Es símbolo, por cuanto refleja las ideas, valores y concepciones existentes en un contexto social determinado. El lenguaje es un instrumento mediante el cual se configura la cultura jurídica. (...) Como lo recuerda Arthur Kaufmann, “todo lenguaje y todo hablar contiene ya una determinada interpretación de la realidad” (...) [l]a controversia sobre palabras y sobre reglas del lenguaje, es por tanto algo absolutamente típico en sociedades pluralistas.” Se discute sobre las reglas del lenguaje y también acerca de las palabras utilizadas para definir los contenidos. Cada una de las expresiones utilizadas marcan el fondo de aquello que se propone afirmar –mandar,

prohibir o permitir-. Mediante el lenguaje se comunican ideas, concepciones de mundo, valores y normas pero también se contribuye a definir y a perpetuar en el tiempo estas ideas, cosmovisiones, valores y normas”².

En el marco del uso del lenguaje, tratándose de sujetos de especial protección constitucional, entiéndase poblaciones tales como: personas con discapacidad, comunidades étnicas indígenas y afro descendientes, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, mujeres y personas con orientación sexual diversa, debe predicarse del mismo que sean ante todo un elemento constitutivo de igualdad y por tanto de no discriminación.

2. El uso del lenguaje en relación con los grupos de especial protección constitucional

Según la Corte Constitucional, el concepto de sujetos de especial protección “surge del contenido del artículo 13 de la Constitución que protege el principio de la igualdad material, lo cual implica necesariamente que las personas más vulnerables deben contar con la protección reforzada del Estado a través de acciones afirmativas”³. En este sentido, resulta fundamental que las personas que tienen una protección constitucional reforzada no encuentren discriminación en el lenguaje jurídico, pues ello lo que generaría es un incremento de los obstáculos para alcanzar la igualdad real, en contra de los principios y valores que inspiran la Constitución.

Respecto a lo anterior, la Corte ha afirmado que:

“(...) el lenguaje legal debe ser acorde con los principios y valores que inspiran a la Constitución de 1991, ya que es deber de la Corte preservar el contenido axiológico humanístico que informa a nuestra norma fundamental, velando aún porque el lenguaje utilizado por el legislador no la contradiga (...)”⁴ (Subrayado fuera de texto)

Sobre este punto, si bien la Corte debe proteger a todas las personas de un lenguaje jurídico discriminatorio, no es menos cierto que debe prestar una especial atención a los sujetos de protección constitucional reforzada. En efecto, estos sujetos por lo general pertenecen a grupos que han sido históricamente discriminados, como por ejemplo las mujeres y las personas con discapacidad.

En este sentido, la Corte ha enfatizado en la necesaria intervención del juez constitucional en los casos en los que el lenguaje jurídico configura un acto discriminatorio o una conducta, actitud o trato que busca anular, dominar o ignorar a un grupo de personas apelando, generalmente, a preconcepciones o prejuicios sociales o personales⁵. Lo anterior genera, en definitiva, una vulneración a sus derechos fundamentales y al referirse a prejuicios o preconcepciones, sin duda, hace una referencia implícita a los grupos históricamente discriminados, pues son ellos los que en mayor medida padecen los mismos.

Igualmente, lo anterior de alguna forma ha sido reconocido por el Alto Tribunal, pues éste ha hecho hincapié en la falta de neutralidad del lenguaje. En este sentido ha afirmado que:

“Siendo el lenguaje, como lo es, uno de los principales instrumentos de comunicación y reflejando – como refleja – los hábitos, concepciones y valores imperantes en un medio social determinado, las situaciones de inclusión o exclusión también se proyectan en el lenguaje jurídico. Precisamente uno de los fines de las definiciones legales consiste en fijar fronteras y, en tal sentido, en determinar quiénes se encuentran dentro de los límites establecidos por las definiciones y quiénes permanecen por fuera. Los criterios que se utilizan para marcar la inclusión o la exclusión reflejan el contexto valorativo e ideológico en que ellos se adoptan”⁶. (Subrayado fuera de texto) En suma, la jurisprudencia ha reconocido que puede existir un criterio de exclusión en el lenguaje jurídico.

En sentido similar, ha sentenciado que el análisis de los términos empleados en las normas legales no sólo es jurídico y que es inconstitucional el lenguaje que genera diferencias, reconociendo la especial atención que debe prestar a las categorías sospechosas de discriminación, lo que de nuevo nos remite al artículo 13 y a los sujetos de especial protección constitucional. En términos de la Corte:

“(...) se ha considerado legítimo declarar inconstitucionales expresiones contenidas en normas legales que, luego de un análisis lingüístico, histórico y social, resulten despectivas, discriminatorias y con una carga valorativa claramente contraria a la dignidad humana y a la C.P. En otras palabras, es inconstitucional el lenguaje que genera diferencias entre las personas, especialmente cuando se utilizan categorías sospechosas (...)”⁷ (Subrayado fuera de texto)

3. El uso del lenguaje en relación con las personas con discapacidad

El respeto e inclusión por medio del lenguaje que se debe predicar para todos los sujetos de especial protección, tratándose de las personas con discapacidad, presenta desde la óptica filológica una tergiversación lingüística y referencial a cerca del concepto de la discapacidad. La discapacidad, que es ante todo una *condición* o *diagnóstico médico*, en el componente normativo a partir del análisis lingüístico, presenta incorrecciones acerca de su tratamiento filológico llegando a representar simbólicamente relaciones excluyentes y de estereotipos negativos, pues ante todo no hay que perder de vista que el lenguaje es mensaje simbólico de construcción o deconstrucción de la realidad humana y social.

La discapacidad, en el entendido de ser una condición o diagnóstico médico, no representa un defecto de la naturaleza humana ni el infortunio

de alguna suerte adversa en contra del ser humano, así pues, las personas con discapacidad no son “personas que sufren de la tragedia de tener defectos de nacimiento” o “personas que luchan por volver a ser normales” como tampoco son “retrasados mentales, ciegos, sordos, discapacitados para el aprendizaje o inválidos”. Por el contrario, son personas con una condición o diagnóstico médico que puede ser diferente de acuerdo a la discapacidad que presente, y a las cuales no se les limita su capacidad frente a la discapacidad.

De modo que es sintomático que un lenguaje que promueva una subespecie humana denominada “los discapacitados” o “los inválidos” promueva la exclusión, el prejuicio, la discriminación y en consecuencia, la marginalización de las personas con discapacidad, cuando en razón a la dignidad humana bajo los presupuestos del Estado social de derecho, debería ser el lenguaje un elemento constructivo en favor de aquellos sujetos de especial protección.

El hecho que el lenguaje se sintonice en línea con los derechos humanos, es garantizar, siquiera *prima facie*, un correcto uso del mismo a partir del reconocimiento y el respeto por la dignidad de la persona humana. Este hecho genera, por lo menos lingüística y simbólicamente, inclusión y respeto por la igualdad y la no discriminación, ya que deja de lado el prejuicio y los calificativos inexactos, en tal sentido el lenguaje no puede optar por “retrasado mental” sino por persona con discapacidad cognitiva, no sería “Down” o mongólico sino persona con síndrome de Down y mucho menos sería lisiado o cuadripléjico sino persona con discapacidad física.

Otro efecto adverso para los sujetos de especial protección, a partir del mal uso del lenguaje y de calificativos inexactos o despectivos, es la evocación de imágenes (símbolos) negativas de lástima, miedo, repulsión y demás, en los cuales se antepone la discapacidad a la persona humana, la desvaloriza como individuo y promueve las categorizaciones humanas en un marco social peyorativo y

excluyente, de manera que para la inclusión social de estas poblaciones, es necesario dejar de usar el lenguaje que desvaloriza y segrega.

El valor de un lenguaje acorde con los derechos humanos, tratándose de las personas con discapacidad, significa dejar de hablar de problemas y pasar al campo de las necesidades, así, una persona con discapacidad física no tiene un problema para desplazarse, sino que necesita una silla de ruedas para ello, de modo que lo que habitualmente se le denomina un “problema” en realidad reflejaría una “necesidad”. Así las cosas, el lenguaje debe ser legislación constante para la generación de una pedagogía social que permita la construcción y promoción constantemente de una cultura incluyente, dejando a un lado los problemas para empezar a reconocer plenamente necesidades.

Pese a esto, uno de los mayores problemas de las personas con discapacidad siguen siendo las barreras sociales, físicas, psicológicas y ahora lingüísticas que impiden consciente o inconscientemente que ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones y con equiparación de oportunidades. Dentro de esto, el concepto del lenguaje como inclusión permite -por lo menos en principio- la eliminación de esas barreras que les impiden desarrollar y optimizar sus capacidades, habilidades y destrezas, puesto que la dimensión del lenguaje incluyente permite centrar la atención en las potencialidades de la persona con discapacidad, en razón a que deja su condición física en un segundo plano equiparándola primero como persona plenamente capaz, reconociendo su capacidad pese a la discapacidad. En tal sentido primeramente se otorga identidad a partir del reconocimiento pleno de la persona y seguidamente de la discapacidad.

En el marco del desarrollo del lenguaje incluyente como elemento constitutivo de identidad y de inclusión social para la eliminación de las barreras que se les presentan a las personas con discapacidad, en razón al poder que enmarcan las palabras, su significado y utilización, se decía que también las barreras lingüísticas (simbólicas) ahondan con

mayor profundidad el problema de marginalidad y discriminación contra la población con discapacidad, y aunque *per se* el incorrecto uso del lenguaje no genera por sí solo discriminación, si concurre para evitar la creación de estereotipos y percepciones erróneas y disminuir la proliferación de los discursos de odio.

La discriminación léxica por el uso de ciertos términos contenidos expresamente en diversa normatividad nacional, generan percepciones erróneas frente al concepto de la discapacidad y va en contravía de los postulados de la dignidad humana, la no discriminación y la igualdad. En estos términos se ha referido la Corte Constitucional al respecto:

(...) en algunos casos el uso del lenguaje, la estructura ambigua de las normas u otros problemas de técnica legislativa, pueden comprometer bienes constitucionalmente protegidos y afectar entonces la constitucionalidad de la correspondiente disposición. Uno de estos casos se presenta cuando el legislador utiliza expresiones abiertamente discriminatorias o que comprometen la dignidad o derechos de personas o de grupos poblacionales determinados.

En efecto, la Corte ha reconocido expresamente que el lenguaje legislativo tiene no sólo un efecto jurídico-normativo sino un poder simbólico que no puede pasar desapercibido al tribunal constitucional. El poder simbólico del lenguaje aparece un doble efecto: tiende a legitimar prácticas culturales y configura nuevas realidades y sujetos (a esto se ha referido la Corte al estudiar el carácter pre formativo del lenguaje). En esa medida, la lucha por el lenguaje no se reduce a un asunto de estética en la escritura o de alcance y eficacia jurídica de la norma. Se trata de revisar el uso de expresiones que reproducen y/o constituyen realidades simbólicas o culturales inconstitucionales. En ese sentido, el uso de un lenguaje denigrante, discriminatorio o insultante, tiende a legitimar e incluso constituir prácticas sociales o representaciones simbólicas inconstitucio-

nales. Un lenguaje respetuoso de los valores y principios constitucionales, sin embargo, tiende a poner en evidencia esas prácticas reprochables y a constituir – al menos simbólicamente – un sujeto dignificado⁸.

La sustitución del lenguaje no incluyente por un lenguaje en defensa de los derechos especiales de los grupos constitucionalmente protegidos, ha de hacerse por expresiones que designen correctamente a los sectores merecedores de esa especial protección.

De manera que de acuerdo con la Constitución que declara el Estado colombiano como social y democrático de derecho, teniendo como eje fundamental la dignidad humana, este lenguaje debe representar la inclusión de todas las personas en un marco basado en la organización social justa de hombres y mujeres igualmente dignos y en donde la dignidad converge una pluralidad de derechos fundamentales, donde cada uno se relaciona con los demás, siendo la dignidad humana el núcleo insoslayable de todos los derechos.

En razón a ello, a una determinada expresión utilizada por el legislador no se le puede atribuir un uso exclusivamente descriptivo, pues como lo menciona la Corte Constitucional, es perfectamente posible que de esos términos se haga también un uso emotivo que contraría los postulados constitucionales. De allí la incidencia del lenguaje no sólo en la explicación sino también en la configuración de las relaciones sociales: si la realidad humana es una realidad construida socialmente, en ese proceso de construcción el lenguaje cumple un papel muy importante.

De manera que se debe romper el paradigma de la indiferencia desde el lenguaje incluyente y respetuoso de la dignidad humana, que reconoce a las personas por ser personas, reconociendo identidad propia y ser fin en sí mismos. En suma, el uso incorrecto del lenguaje utilizado por el legislador al formular reglas de derecho determinadas, puede llegar a vulnerar derechos fundamentales

de las personas, razón por la cual, el uso del lenguaje incluyente por parte del legislador, debe ser garante del contenido axiológico de la Constitución, en un marco de protección de la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación, como quiera que representa una función pública y debe velar por la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

4. Conclusiones

Es fundamental resaltar que dado el papel del lenguaje y del derecho en la creación de realidades sociales, resulta de significada importancia que entre ambos se generen relaciones de inclusión, igualdad y no discriminación evitando llegar a vulnerar valores y derechos constitucionales de los sujetos destinatarios de las normas.

Cabe resaltar entonces que en el lenguaje, cuando éste lleva alguna connotación que involucra a sujetos de especial protección constitucional, entiéndase poblaciones tales como: personas con discapacidad, comunidades étnicas indígenas y afrodescendientes, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, mujeres y personas con orientación sexual diversa, puede llegar a adquirir expresiones y/o manifestaciones de inclusión o exclusión, dado que es el intercambio cotidiano de los seres humanos el principal elemento que produce relaciones que favorecen el nacimiento de otras relaciones a favor o en contra de la discriminación y marginalización de estas poblaciones.

El lenguaje y el derecho en sintonía con los derechos humanos, debe ser respetuoso de la dignidad humana y en tal sentido evitar las prácticas socialmente reprochables de discriminación y exclusión, de manera que a partir del uso correcto del lenguaje en las prescripciones normativas se construya una sociedad incluyente respetuosa de los derechos fundamentales y del Estado social y democrático de derecho.

5. Bibliografía

JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-098 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 7 de marzo de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1088 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 3 de noviembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-804 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 27 de septiembre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-078 2007 (M.P. David Ricardo Rodríguez Navarro: 7 de febrero de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-804 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa: 11 de noviembre de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-495 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 16 de junio de 2010).

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-253 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo).

DOCTRINA:

M. G., VILLEGAS. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1993.



- * Monitor del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Pereira. Integrante del Semillero de Investigación en Derecho Constitucional – DERCO. admoncayo@gmail.com
- 1 M. G., VILLEGAS. La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas. Bogotá: Universidad de los Andes, 1993.
- 2 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1088 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 3 de noviembre de 2004).
- 3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-495 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 16 de junio de 2010).
- 4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-804 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa: 11 de noviembre de 2009).
- 5 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-098 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 7 de marzo de 1994).
- 6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1088 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 3 de noviembre de 2004).
- 7 Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-253 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo).
- 8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-078 2007 (M.P. David Ricardo Rodríguez Navarro: 7 de febrero de 2007).

Ineficiencia de la justicia ¿factor que incide en la violencia intrafamiliar?

María del Carmen Uribe
María Victoria Zambrano*

RESUMEN

La Clínica de Violencia Intrafamiliar y de Género (VIG), que pertenece al Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario, propende por la protección y representación jurídica de las víctimas de violencia intrafamiliar y de género. Se abordó el caso de una usuaria que acudió en busca de orientación jurídica, denunciando una situación de violencia intrafamiliar; igualmente se gestionaron las acciones relacionadas con las medidas de protección, lo pertinente en Derecho de Familia y la remisión al área psicosocial para brindarle atención en crisis y apoyo terapéutico. Se evidenció que en la gestión jurídica los recursos institucionales disponibles resultan insuficientes con respecto a la atención integral ofrecida a la víctima. Esta ponencia es un avance de investigación que adelanta la Clínica.

PALABRAS CLAVES:

Violencia Intrafamiliar, Víctima, Atención, Ineficiencia, Justicia.

ABSTRACT

Clinic of Domestic and Gender Violence (VIG) that belongs to the Legal office of Rosario University works for the protection and legal representation of victims from domestic and gender violence. The case of a user who came looking for legal guidance and denounced a situation of domestic violence is presented. Protection measures, Family Law actions and referral to psychosocial attention, therapeutic care and support crises were provided. In the legal management the institutional resources proved to be insufficient with respect to general attention and comprehensive care offered to the victim. This document is an advancement of research made by Clinic.

KEYWORDS

Domestic violence, victim, attention, inefficiency, justice.

SUMARIO

Introducción. 1. Sujetos de especial protección y administración de justicia. 2. Método de investigación. 3. Objetivos. 4. Descripción de los hechos. 5. Acciones legales adelantadas. 6. Fundamentos de derecho. 7. Abordaje y resultado del área psicossocial. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

Introducción

En el desarrollo de esta investigación se realiza el análisis de uno de los casos abordados en Consultorio Jurídico, partiendo del seguimiento adelantado ante las instancias competentes por la Clínica de Violencia Intrafamiliar y de Género, de manera interdisciplinaria: Desde el Área del Derecho Penal, desde el Área del Derecho de Familia y desde el Área Psicossocial.

El trabajo adelantado por los estudiantes en el VIG tiene como uno de sus móviles determinantes, lograr el cese de las amenazas y/o agresiones de carácter físico, psicológico, sexual o económico que se ejercen en contra de las víctimas, para lo cual requieren acudir a las entidades, según sus competencias y las acciones legales requeridas a ejercer; en este caso, las que atañen a la comisión del delito de violencia intrafamiliar, las medidas de protección pertinentes, la reparación de los daños, el restablecimiento de derechos y otros aspectos jurídicos que se enfocarán en el presente estudio.

En el desarrollo de la gestión jurídica, los estudiantes detectaron inconvenientes durante el proceso resultantes de: Dilaciones en los trámites judiciales, deficiencias en la calidad de la atención brindada la víctima, juicios o conceptos preconcebidos de los funcionarios sin conocimiento de causa en relación con la situación de violencia intrafamiliar, desorden administrativo, ausencia de control y seguimiento de los trámites procesales por parte

de las entidades a cargo, entre otros hechos que han afectado de manera determinante el resultado de los objetivos planteados por los estudiantes de la Clínica de Violencia Intrafamiliar y de Género.

La revisión de los eventos descritos en el párrafo precedente será uno de los elementos de análisis, en cuanto a la perspectiva de eficiencia de la justicia y la influencia determinante en la protección y garantía de los derechos de las víctimas de violencia intrafamiliar. Lo anterior, con base en una metodología de análisis de caso dentro del contexto sociojurídico en el cual se desarrollan los hechos y se evidencian las falencias de la ruta de atención. El presente documento constituye el primer avance de un trabajo de investigación de la legislación sobre el tema en cuestión y las barreras de aplicación tomando como referente el móvil determinante de la norma.

1. Sujetos de especial protección y administración de justicia

El presente documento se ubica en el subtema de *“Sujetos de especial protección y Administración de Justicia”* con base en la naturaleza del sujeto pasivo del delito de Violencia Intrafamiliar, su estado de vulnerabilidad, los efectos que la conducta punible producen en su salud, física y mental, y las consecuencias que a corto, mediano y largo plazo genera al interior del núcleo familiar, afectando en su ocurrencia a los niños, niñas y adolescentes, cuya prevalencia de derechos e interés superior se establecen en la Constitución Política de Colombia, Tratados Internacionales, leyes y demás normas concordantes que regulan la materia.

Justificación

El aprendizaje resultante de la práctica jurídica, que acerca al estudiante a la realidad de la pro-

blemática, más aún, tratándose de una víctima de violencia intrafamiliar como en el caso que nos ocupa, le permitirá analizar las brechas existentes entre el texto de la ley y la aplicación efectiva de los principios normativos.

Si las “piedras de tropiezo” con las cuales el estudiante cotidianamente se “estrella” en el ejercicio del derecho, son analizadas en virtud de los conceptos jurídico científicos, pero también desde la mirada de la víctima, se generarán aportes a nivel académico, basados en la profundización de conocimientos jurídicos, que también darán cuenta de su aproximación al contexto real del aparato judicial, al funcionamiento de las instituciones involucradas en la red de atención integral, así como al origen de los problemas relacionados con la insuficiencia de los recursos que se brindan para la garantía y efectiva protección de los derechos de las víctimas.

En este orden de ideas, es preciso analizar si esa insuficiente respuesta institucional repercute en la incidencia de casos de violencia intrafamiliar, si por el solo hecho de expedir una norma, se aplaca un fenómeno en el cual confluyen factores socio culturales firmemente arraigados, o si la institucionalidad pierde eventualmente su independencia y autonomía frente a factores sociales, económicos o políticos determinantes para su cabal funcionamiento.

2. Método de investigación

El método en el cual se basó el presente estudio de caso es el Método Analítico, es decir, la revisión se fundamentó en el examen de la normatividad y su relación con el funcionamiento de la red de atención a las víctimas en el contexto real, enfocándose, de un lado, en la normatividad y de la otra, en el escenario en el cual se expide y aplica la ley. Tal metodología recurre a la revisión y estudio de normas y fuentes de información, con el fin de acercarse al objeto de análisis, enriquecido además a través del

litigio estratégico. En este caso, la investigación está enfocada a la revisión de los tratados internacionales, leyes y decretos concernientes a la materia en mención en relación con la eficiencia del Estado en su ámbito de aplicación.

3. Objetivos

Los objetos planteados para el presente análisis son los que se relacionan a continuación:

Con base en el estudio y litigio estratégico de un caso asignado a la Clínica de Violencia Intrafamiliar y de Género del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario, acercarse al funcionamiento de las instituciones a las cuales les compete la atención integral de las víctimas, tomando como punto de referencia las normas que reglamentan el ejercicio y amparo de sus derechos y las competencias que les son asignadas, con miras a evidenciar “los cuellos de botella” o barreras de aplicación de la ley.

Valorar la gestión de las instancias responsables de la atención integral a las víctimas de violencia intrafamiliar y de género, partiendo de las bases legales que reglamentan los procedimientos aplicables según el caso, tomando en consideración el móvil determinante de la ley y el contexto socio cultural y político que inciden, de una u otra manera, en su aplicación.

Acercar a los estudiantes a la realidad de la práctica jurídica, desde la mirada de las víctimas en lo que respecta a la oportunidad y calidad de la respuesta institucional.

4. Descripción de los hechos

Desde 1999 hasta agosto de 2012, momento en el cual la situación se salió de control entre los dos compañeros permanentes, la señora K convivió con el señor J en unión libre. Aunque en principio

la relación se caracterizó por ser armónica, con el transcurso del tiempo las diferencias se hicieron notables y cada día la convivencia se fue tornando más difícil, derivándose en maltrato psicológico, ejercido por el Señor J en contra de la señora K.

El señor J es un militar retirado de la armada nacional, de profesión abogado, en consecuencia, conocedor de buena parte de nuestro ordenamiento jurídico, quien a la fecha cuenta con 75 años de edad.

De conformidad con el relato de la víctima, el señor J, al momento de conocerse, trabajaba activamente en su profesión, tenía aspiraciones políticas y quería ser representante a la Cámara; sin embargo, esta expectativa resultó frustrada, responsabilizando de este hecho a la señora K. Posteriormente, a los seis años de convivencia, la violencia psicológica pasó a mayores, siendo la señora K obligada por su compañero a ver noticias referentes a asesinatos efectuados por miembros de las Fuerzas Militares mientras comentaba “en nuestros tiempos los matábamos atrás de Monserrate”. De otro lado, cuando tales noticias se referían a asesinatos de esposas o compañeras permanentes de miembros de la fuerza pública, expresaba “esos hombres son unos verracos, así es que tienen que ser las cosas”. Este tipo de maltrato se volvió reiterativo durante la relación.

El 13 de agosto de 2012 la señora K le reclamó al señor J por una presunta infidelidad, en razón a que su supuesta amante la había ofendido y agredido verbalmente. La reacción del señor J ante dicho reclamo se manifestó en actos de maltrato físico y verbal a la señora K, golpeándole los brazos y la nariz con tal fuerza que le quebró el tabique. Sin titubear, la señora acudió al Instituto Nacional de Medicina Legal, en donde le dictaminaron lesiones no fatales, golpes y fracturas de los huesos nasales, recibiendo por tal motivo, una incapacidad de siete días hábiles. Ese mismo día, la señora K interpuso denuncia penal en contra del señor J, solicitando medida de protección por violencia intrafamiliar la cual fue concedida en audiencia.

En la misma diligencia el Señor se comprometió al cumplimiento de un acuerdo tendiente a cesar los actos de violencia. Como quiera que los bienes de la señora se encontraban en el domicilio que compartió con el Señor J, en principio, estaba allí de manera intermitente, buscaba horarios en donde no se tuviera que encontrar con su excompañero, y mientras él se encontraba en el hogar, ella se trasladaba a Bosa, localidad donde residen algunos de sus familiares quienes le han brindado apoyo. Finalmente, luego de dos meses de los acontecimientos más graves, la señora K decidió cambiarse de domicilio.

El 28 de octubre de 2013 se intentó llevar a cabo la primera audiencia de formulación de imputación por el delito de violencia intrafamiliar, sin embargo ésta no se realizó por la inasistencia del indiciado, adicionalmente, no se solicitó la contumacia y la imposición de medidas de aseguramiento por tratarse de un hombre de setenta y cinco (75) años de edad. Para el día 20 de enero de 2014 fue reprogramada la diligencia a la cual José sí asistió pero sin apoderado, hecho por el que no se pudo realizar dicha imputación, en tanto que en materia penal se requiere la concurrencia de un defensor. La nueva audiencia fue programada para el pasado seis de febrero.

Por otro lado, ambos son miembros de una iglesia de denominación protestante, a la cual asisten con regularidad. Sin embargo y dados los hechos anteriormente narrados, la señora K aduce haber sido marginada de su comunidad religiosa por obra de su antiguo compañero quien se ha encargado de “difamarla” ante los miembros de la congregación. Dicha situación la afectó profundamente por el hecho de ser una persona devota y dedicada a la comunidad. Fue rechazada por los líderes de su iglesia y criticada por los feligreses, quienes le achacan la responsabilidad de los acontecimientos y de la ruptura del vínculo con el señor J. Cabe resaltar que fueron insistentes en aconsejarle continuar al lado del señor J a pesar de la violencia física y psicológica ejercidas; consejos que si bien consideró en un principio, posterior-

mente desechó motivada por la gravedad de los últimos hechos.

5. Acciones legales adelantadas

El caso llegó al Consultorio Jurídico, instancia en la que fue remitido al área de Derecho Penal y asignado a un estudiante, miembro además de la Clínica de Violencia Intrafamiliar y de Género, instancia creada particularmente para brindar atención interdisciplinaria y transversal a las víctimas de esta problemática, propendiendo por la defensa de sus derechos, de conformidad con la ley.

La denunciante acudió previamente a la Comisaría de Familia, donde le brindaron la medida de protección que impedía al agresor cualquier tipo de acercamiento. Esta entidad no consideró la medida consistente en el retiro del agresor del domicilio, la cual se hace efectiva cuando éste sale voluntariamente del domicilio conyugal u obligado por la fuerza pública. Es pertinente precisar que esta medida es excepcional y en la mayor parte de los casos ni siquiera es considerada aunque la normatividad contemple tal estrategia para amparar los derechos de la víctima.

Así las cosas, no se acoge la medida de ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación cuando su presencia constituya una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia, obligando a la víctima a salir del domicilio familiar, colocándola en una posición que afecta no solo su estabilidad emocional sino eventualmente, su situación económica.

Ahora, situándonos en el caso concreto, la señora K asistió a la mencionada Comisaría de Familia en busca de protección y orientación, sin embargo, el tratamiento que recibió en dicha entidad no fue oportuno, ni grato. Recibió comentarios de los funcionarios a cargo que la señalaban como causante del problema y quienes se mostraron renuentes a

remitir el caso a la Fiscalía General de la Nación, lo cual generó, no solo dilaciones, sino afectación psicológica de la usuaria, aspectos que fueron tratados mediante apoyo terapéutico profesional por la Clínica de Violencia Intrafamiliar y de Género. En las instituciones de la red no se evidenció la aplicación de protocolos de atención a la víctima ni articulación de acciones encaminadas al restablecimiento de sus derechos

Una vez el caso es remitido a la Fiscalía, se generaron problemas en la fase de indagación. Es evidente que el número creciente de procesos impacta la eficiencia y oportunidad en la atención y la limitación de recursos técnicos y humanos no son suficientes para gestionar las investigaciones que nacen con cada denuncia. El acceso a las salas requeridas para la realización de las audiencias se ha convertido en un obstáculo más, que entorpece el desarrollo del proceso penal.

En el caso en mención, la primera audiencia de formulación de imputación se citó para el 9 de abril de 2013, pero tuvo que aplazarse en razón a la inasistencia del indiciado. Posteriormente, se fijó una segunda fecha para el veintiocho de octubre del mismo año a la cual el señor J tampoco acudió.

Finalmente y en un tercer intento, contando con la posibilidad de declaratoria de contumacia, se fijó una tercera fecha para el veinte de enero del año dos mil catorce. A dicha audiencia el Señor efectivamente acude, sin embargo lo hace en ausencia de defensor por lo cual resulta necesario aplazarla nuevamente.

Por cuarta vez se fijó nueva fecha para el seis de febrero, día en el cual sí pudo desarrollarse la audiencia de formulación de imputación sin problema alguno. Finalmente el trece de febrero del presente año se presenta el escrito de acusación y actualmente se está en espera de que se establezcan nuevas fechas para seguir adelante con las diligencias.

Durante el desarrollo de las acciones legales mencionadas ninguna autoridad hizo referencia a la atención terapéutica, no obstante conocer la si-

tuación de maltrato físico y psicológico referida en las diferentes instancias y el estado de salud física y mental resultante del maltrato.

Hechas las anteriores consideraciones, referimos los “cuellos de botella” o barreras en aplicación de la ley, desde el enfoque de derechos y la eficiencia de la justicia en cuanto a:

- a) Conocimiento jurídico y aplicación de las medidas de protección para las víctimas de violencia intrafamiliar por parte de los funcionarios competentes.
- b) Diseño, conocimiento y aplicación de lineamientos y estándares mínimos para la atención integral y transversal a las víctimas por parte de algunos funcionarios involucrados en la red de atención.
- c) Conocimiento y claridad por parte de los funcionarios en la oferta de servicios de atención psicosocial para las víctimas de violencia intrafamiliar.
- d) Conocimiento por parte de los servidores responsables de los marcos conceptuales y normativos de la violencia intrafamiliar.
- e) Articulación interinstitucional y conocimiento de las competencias relacionadas con atención a las víctimas de violencia intrafamiliar por parte de los funcionarios competentes.
- f) Identificación de las rutas de atención y protocolos de comunicación con los usuarios.
- g) Respuesta intersectorial para el restablecimiento de derechos de las víctimas.

6. Fundamentos de derecho

El tema de violencia intrafamiliar ha sido de especial tratamiento jurídico, tanto en tratados internacionales como en la normatividad nacional. Tal

como lo establece el Decreto 4799 del 20 de diciembre de 2011, *“la República de Colombia ha ratificado importantes instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tales como, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional ‘sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ‘Convención De Belem Do Para’, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”*.

Es así que la violencia intrafamiliar pasó de ser una problemática relevante sólo en un contexto de carácter privado y reducida importancia social y jurídica, a considerarse una violación a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, de obligatorio cumplimiento en un sinnúmero de Estados que han apropiado las disposiciones en su normatividad interna, tal como se procedió en Colombia.

El concepto de violencia intrafamiliar tiene una de sus bases substanciales en el enfoque normativo que le ha otorgado los tratados internacionales, entre los cuales se resalta lo contenido en la Convención Belem do Pará, respecto a las agresiones que tienen lugar al interior de la familia, esto es, en el ámbito de lo privado, incluyendo en esta dinámica, el maltrato físico, sexual y la violencia psicológica.

En nuestro caso resulta relevante la violación a los artículos 3° y 4° de la Convención de Belem Do Para, en cuanto que *“Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”*.

La Convención CEDAW (Sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la

mujer) constituye otro fundamental instrumento jurídico internacional de carácter vinculante en lo que respecta al tema de violencia de género, por lo que ha sido calificada como la “Carta Magna” de la legislación internacional, en cuyo contenido se orienta dicha problemática desde el enfoque de derechos.

En el mismo sentido, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (artículo 2º) determina que dentro de la dinámica del delito se incluyen las agresiones físicas, sexuales y psicológicas que se produzcan en la familia, incluidos el maltrato, el abuso sexual, la violación cometida por parte de la pareja, además de otras prácticas tradicionales que se han arraigado en la sociedad y que responden a factores de índole social y cultural, primordialmente.

Con igual énfasis, la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 5º, que el “Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

En este orden de ideas y en desarrollo del artículo 42 de la Constitución Nacional, se expidió además la Ley 294 de 1996 en cuyo articulado se establecieron normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar y con similar énfasis, se contemplaron las medidas de protección para las víctimas, así como los procedimientos para su implementación, los cuales fueron modificados posteriormente, de manera parcial, por la Ley 575 de 2000.

La citada Ley 575 se expidió el 9 de febrero de 2000, para reformar parcialmente la Ley 294 de 1996, aludiendo como uno de sus objetivos determinantes el traslado de la competencia del Juez de Familia al Comisario de Familia, en lo que respecta al conocimiento de las medidas de protección con ocasión de hechos de violencia intrafamiliar, buscando con ello que a la víctima se le optimizara el acceso a la red de atención, a través de un funcionario que la oriente de manera oportuna, eficiente

y empática. Tal disposición buscó promover además la ampliación de cobertura y cubrimiento de necesidades de atención de las víctimas.

Desde la perspectiva de constituir un delito que vulnera el bien jurídico “familia”, institución que, como lo habíamos mencionado, recibe especial protección normativa por parte del Estado, el artículo 299 del Código Penal Colombiano describe al tenor de la letra el tipo penal de Violencia Intrafamiliar: “El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá en la prisión de uno (1) a dos (2) años.” En el caso que nos ocupa, la conducta, típica, jurídica y culpable del agresor dio lugar al procedimiento penal pertinente, cuyas dilaciones dan cuenta de la limitación de recursos institucionales del aparato judicial para obtener los objetivos de justicia, reparación y restablecimiento de derechos de la víctima.

Igualmente, las Leyes 294 de 1996 y 575 de 2000 fueron reglamentadas por el Decreto 652 de 2001, en cuanto a los criterios para realizar las conciliaciones e hizo énfasis en la responsabilidad de la Policía Nacional frente a la efectividad de las medidas de protección. Igualmente, dio relevancia a la práctica de los dictámenes elaborados por el Instituto Colombiano de Medicina Legal, entre otros importantes aspectos procedimentales relacionados con la atención a las víctimas de violencia intrafamiliar.

Como se ha mencionado, las competencias de las Comisarías de Familia, como autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales para imponer medidas de protección en favor de las víctimas de violencia intrafamiliar, son fundamentales y han sido objeto de especial tratamiento, de conformidad con lo establecido en la Ley 575 de 2000 en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Nacional. En este aspecto es importante resaltar la importancia de la preparación del funcionario competente en la materia y el análisis de las circunstancias que rodean a la víctima, aspectos que deben contemplar la situación

de riesgo, análisis de vulnerabilidad y contexto socioeconómico que la rodea.

Al tenor de lo establecido en el Decreto 652 de 2001, artículo 11° que reglamentó la Ley 294 de 1996 y la Ley 575 de 2000, la autoridad competente podrá solicitar por escrito, el acompañamiento de la Policía Nacional para hacer efectivas las medidas de protección; en este evento, acudirán de forma inmediata, siguiendo la orden de la autoridad competente, para lo cual, podrán aplicar sus protocolos de atención, siempre que éstos no contradigan la orden emitida.

En el mismo sentido, la Ley 906 de 2004 estableció en el artículo 134 que *“Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección. Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral”*.

De otra parte, en el año 2008 se expidió la Ley 1257 de 2008, en virtud de la cual se dictaminaron normas de sensibilización, prevención y sanción de toda forma de violencia y discriminación en contra las mujeres, para garantizarles una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, así como la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización, transformando de forma importante el tratamiento legal otorgado a la violencia en contra de la mujer en tres puntos relevantes:

- a) Calificó la violencia en contra de la mujer como una violación de los derechos humanos, resaltando las obligaciones del Estado en lo que respecta a la prevención, erradicación y sanción a este tipo de violencia, haciéndolo responsable en caso de no cumplir tales deberes legales.

- b) Introdujo la noción de violencia en contra de las mujeres por el sólo hecho de serlo, como una conducta inaceptable y violatoria de sus derechos.

- c) Reconoció la autonomía de la mujer en la toma de decisiones, principio que debe orientar la actuación de las institucionales que participan en la red de atención en los procedimientos judiciales, de salud y administrativos, entre otros.

7. Abordaje y resultado del área psicosocial

La consultante fue atendida por uno de los estudiantes de la Clínica de Violencia Intrafamiliar y de Género, quien efectuó la remisión al área psicosocial como parte fundamental de la atención interdisciplinaria y transversal brindada a la víctima, quien recibió apoyo psicoterapéutico, considerando el estado de salud mental resultante de la situación de violencia intrafamiliar.

En el caso objeto de estudio, un miembro perteneciente a la fuerza armada nacional maltrata a su esposa, mujer de origen boyacense, cuya arraigada formación religiosa y contexto socio cultural, constituyeron en un comienzo impedimentos para el ejercicio de sus derechos, empoderamiento y fortalecimiento de su autoestima, aspectos que fueron tratados desde la mirada psicoterapéutica por el área de Trabajo Social y Psicología del VIG.

El Equipo realizó el análisis de las factores de riesgo que llevaron a la mujer a ser víctima de violencia, enfocándose en aspectos relacionados con patrones de crianza, cultura y religión, encontrando dentro de estos tópicos refuerzo a la concepción de la mujer sumisa, pasiva, obediente, dócil y conciliadora.

Se tuvieron en cuenta para el citado estudio factores como patrones de crianza y transferen-

cia intergeneracional de la violencia. La señora K fue criada en una cultura machista con limitaciones en las redes de apoyo, tanto familiares como laborales y sociales. Por otra parte, el señor J es un militar retirado, con crianza cultural machista y una autoestima sobrevalorada que reafirma en sus profesiones (militar y abogado).

Dentro de las consecuencias de las conductas de violencia el equipo evidenció los problemas físicos de la Señora K, consistentes en afectaciones en salud (ruptura de tabique, pérdida de varios dientes, problema respiratorio debido a lesión en la nariz, discapacidad en los brazos por continuos jalonamientos y discapacidad visual por pérdida del humor vítreo).

De la revisión de los antecedentes se lee un patrón de conducta enmarcado por situaciones de violencia intrafamiliar; la señora K es la tercera compañera del señor J, quien por su auto esquema distorsionado de sobrevaloración; la maltrata psicológicamente y humilla sobre la base de no aceptarla en el rol de esposa sino de empleada doméstica.

La atención psicológica recibida por la víctima fortaleció su capacidad de decisión, motivándola a dejar el domicilio conyugal, a pesar de que ya existía una medida de protección otorgada por la Comisaría de Familia. Su recuperación y empoderamiento se fue elaborando con el proceso psicoterapéutico, aumentando su autoestima y auto concepto. En este sentido, la salud mental de la víctima ya no depende del resultado del procedimiento penal afectado por la ineficiencia institucional, sino de su capacidad de superar los episodios traumáticos derivados de la situación de violencia intrafamiliar a través de la terapia psicoterapéutica recibida.

La orientación recibida en la Clínica, pese a los obstáculos presentados en lo procedimental, le permitió recibir atención que tuvo en cuenta su contexto socio económico y la situación de violencia intrafamiliar que denunció en el Consultorio Jurídico. El acompañamiento suministrado de ma-

nera interdisciplinaria contribuyó a su proceso de recuperación desde lo privado, a pesar de la responsabilidad de Estado desde lo público.

8. Conclusiones

El tratamiento por parte del Estado al fenómeno de la violencia intrafamiliar como resultante de la combinación de diferentes factores se ha centrado en lo punitivo o normativo, sin contemplar los recursos de toda índole que demanda poner en marcha las numerosas disposiciones legales.

La capacidad de respuesta institucional no atiende la demanda de atención originada en la cantidad de víctimas que acuden a las entidades de la red de atención, instancias que no cuentan con la infraestructura humana, técnica y administrativa suficiente para adelantar todas las actuaciones procesales requeridas para la protección y garantía de los derechos de las víctimas de violencia intrafamiliar

De otra parte, en ocasiones las víctimas son asesoradas por funcionarios que no están capacitados para prestar orientación en los casos que se consultan o no tratan empáticamente a quienes acuden buscando orientación y apoyo institucional. En este sentido, se evidencia la necesidad de que el Estado brinde a estos operadores los medios suficientes para dar atención al público, que no se limiten a lo netamente estructural, es decir, ampliación de las sedes y de la planta de personal, sino que den cuenta de la salud mental de los funcionarios, esto es, atención psicológica permanente dada la carga emocional que representa su contacto diario con el drama humano. Así mismo es indispensable que los lineamientos y protocolos de atención sean de uso y conocimiento generalizado para evitar desestimulación en la denuncia.

Dicho lo anterior, se plantea el siguiente cuestionamiento: ¿Cómo se podría desde las instancias legales dar respuesta a las barreras que afectan la celeridad para administrar justicia? Muchos han

sido los intentos del legislador por crear leyes y fórmulas que permitan desarrollar los procesos de una manera expedita, considerando la imposición de sanciones no sólo en el ámbito penal sino también en otras ramas del derecho en contra de aquellas personas que no acudan a las diligencias judiciales y cuyas conductas representen un desgaste de tiempo y recursos para la administración de justicia. Quizás sea necesario plantear un proceso ágil, que como en el caso de la tutela, abrevie las etapas procesales y considere las necesidades perentorias de protección y atención integral de las víctimas de violencia intrafamiliar.

En lo concerniente a la pena, surge otro hecho importante, el señor J tiene más de setenta y cinco años de edad, razón por la que no podrá ser privado de la libertad; dadas las circunstancias de caso y los actos del victimario ¿No representa el señor J un peligro para la sociedad y su conducta punible no amerita un castigo ejemplarizante? ¿Qué mensaje se transmite a los agresores si nos encontramos ante un proceso que no culmina en castigo para el victimario pese al desgaste del aparato judicial? Resulta preocupante el hecho de que se adelanten procesos cuya conclusión se encuentra predeterminada por las particularidades de los intervinientes sin considera el contexto en el cual se desarrollaron los hechos y el daño ocasionado al sujeto pasivo del delito.

De otro lado, definir con claridad las competencias y desarrollar la coordinación interinstitucional con miras a evitar la revictimización y las remisiones fallidas, son una sentida necesidad de la red de atención, para lo cual es indispensable gestionar un trabajo intersectorial del Estado que permita la protección y garantía de los derechos de las víctimas de violencia intrafamiliar. Con el mismo propósito, es prioritario fortalecer los estándares de calidad en los procedimientos, con indicadores no sólo de cobertura, sino de gestión, análisis y seguimiento de casos, como una obligación del Estado que priorice en la agenda pública la importancia de la prevención, reparación y restablecimiento de derechos de las víctimas y

cuyo control político no limite la independencia del aparato judicial.

El tratamiento por parte del Estado del fenómeno de la violencia intrafamiliar debe ir más allá de los intereses políticos y escándalos mediáticos, vigilando el cumplimiento de los compromisos establecidos por la ley en favor de las víctimas.

Hechas las anteriores consideraciones, podemos concluir que, si bien es evidente la actuación lenta e ineficaz de las instituciones a las cuales se le han atribuido competencias para el manejo de este tipo de situaciones, es trascendental aclarar que al igual que los factores relacionados con la religión y el contexto psicosocial, lo institucional constituye un factor incidental y no determinante en las situaciones de violencia intrafamiliar. En pocas palabras, este factor no es una causa directa de esta violencia, pero evidentemente la impunidad sí es un factor determinante en su arraigo cultural.

8. Bibliografía

LEGISLACIÓN:

INTERNACIONAL

Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967).

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas la Discriminación contra la Mujer (1981)

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993).

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994),

Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995).

NACIONAL:

Constitución Política de 1991.

Ley 294 de 1996.

Ley 575 de 2000.

Ley 1257 de 2008.

Decreto 652 de 2001.

DOCTRINA:

Asociación Pro-Derechos Humanos, “Colectivo Abierto de Sociología, *La Violencia familiar, Actitudes y representaciones sociales*”. Madrid Fundamentos. 1999.

Claudia CAICEDO, “*Lucha contra la violencia intrafamiliar, perspectivas desde la experiencia colombiana*”. 2005.

Defensoría del Pueblo de Colombia, “Profamilia y Organización Internacional para las Migraciones, *Módulo de la A a la Z en derechos sexuales y reproductivos para funcionarios y funcionarias con énfasis en violencia intrafamiliar y violencia sexual*”. Bogotá. 2008.

María J, Díaz Aguado, “*Guía de Buenas Prácticas para paliar los efectos de la violencia contra las mujeres y conseguir su erradicación*”, Presidencia de la Unión Europea, 2002.

Luisa Posada, “*Discurso jurídico y desigualdad sexual: reflexiones para un debate sobre la violencia sexual Mujeres en Red*”. 2014.

Notas

* Estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Integrantes de la Clínica de Violencia Intrafamiliar y de Género (VIG) del Consultorio Jurídico. carmen.uribe@urosario.edu.co; mariav.zambrano@urosario.edu.co





**Artículos
de reflexión**



Ho Chi Minh: “El que ilumina”

Clara María Quintero Franco*

RESUMEN

El objetivo del siguiente trabajo es realizar un breve análisis sobre las decisiones y logros políticos de Ho Chi Minh, los cuales fueron puntos clave para la liberación de la opresión que por siglos se había estado desarrollando en la nación vietnamita. De esta manera el presente trabajo responderá a la pregunta: ¿Fue el carácter de Ho Chi Minh o el contexto histórico lo que lo llevó a ser el precursor de la independencia en Vietnam? Se dará respuesta a modo de conclusión a través de un análisis de lo más relevante de su vida pública y el medio en que estas se desarrollaron. En la metodología se emplearán como recursos de investigación fuentes secundarias (libros) y fuentes primarias (discursos, manifiestos, escritos).

ABSTRACT

The aim of this paper is to make a short analysis about the character of the Vietnamese revolutionary leader Ho Chi Minh, his decisions and

political achievements, which were key to the liberation of oppression that had been developing for centuries in Vietnam. This paper is going to answer the question: It was the character of Ho Chi Minh or the historical context what led him to be the precursor of the independence in Vietnam? The answer is going to be in the conclusion after analysing the most important aspects of his public life and the context in which they were developed. In the methodology, it will be used secondary sources (books) and primary sources (speeches, manifestos and manuscripts)

PALABRAS CLAVE

Ho Chi Minh, Comunismo, Marx, Vietnam, Colonialismo, Lenin, Francia, revolución, independencia

KEY WORDS

Ho Chi Minh, Communism, Marx, Vietnam, Colonialism, Lenin, France, revolution, independence

SUMARIO

Introducción. 1. Infancia y juventud: el campesino. 2. Comienzo de su vida pública: el militante. 3. Momento favorable y adversario principal: camino a la independencia. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Introducción

El tema central del presente trabajo es la vida pública del líder revolucionario Ho Chi Minh, con un enfoque especial entre los años 1924 a 1969. El objetivo es revisar brevemente sus decisiones y logros políticos para intentar dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Fue el carácter de este líder revolucionario o el contexto histórico, el que lo llevó a ser el precursor de la independencia vietnamita? Esto se responde a modo de conclusión después de haber planteado subtemas los cuales abarcan la infancia, ingreso a la militancia y la época como revolucionario del personaje.

1. Infancia y juventud: el campesino

La vida privada de Ho Chi Minh está envuelta en gran misterio. Sin embargo, sobre su lugar de procedencia se sabe que nació en 1890 en la provincia de Nghe Tinh, en un Vietnam gobernado por los franceses y oprimido por el colonialismo que estos habían impuesto desde años atrás.

“De esta región de campesinos (...) proceden, desde hace siglos, casi todos los revolucionarios del Vietnam. No tiene ello nada de extraño, dada la abundancia de intelectuales y la fuerza de presión demográfica”¹.

El padre de Ho fue Nguyen Sinh Huy, un revolucionario de la época, lo cual claramente debió

ser una gran influencia para el espíritu revolucionario de este. Además su familia se encontraba inmersa en el ámbito revolucionario; su tío era un ferviente nacionalista, su hermana robaba armas de un cuartel de suboficiales -por esto fue condenada a cadena perpetua- y su hermano Khiem, también nacionalista, escribía constantemente manifestándose en contra de la situación de pobreza de la provincia.

Su niñez fue dura, pero en estas circunstancias pudo conocer los problemas de las clases sociales vulnerables y las injusticias por parte de los franceses hacia los vietnamitas. Esta etapa sembró sus ideas revolucionarias.

Durante su juventud se embarcó como cocinero en un buque, lo cual le permitió viajar a distintos lugares y continentes como África² y Europa, en donde logró conocer a fondo la cultura francesa y posteriormente en Moscú profundizó en la doctrina marxista-leninista. El vínculo clave de Ho en su futuro socialista y revolucionario fue Lenin. En su ensayo titulado “La senda que me llevó al Leninismo” expresó:

Lo que yo quería saber era lo siguiente ¿Qué Internacional se ponía del lado de los pueblos de los países coloniales? (...) Un camarada me dio a leer las <<Tesis sobre las cuestiones nacionales coloniales>> de Lenin (...) ¡Que emoción, qué entusiasmo, que percepción y confianza me transmitieron! Lloré de alegría. Solo en mi cuarto grité como si me estuviera dirigiendo a una multitud: “¡Mis queridos y atormentados compatriotas! ¡Esto es lo que necesitamos, esta es nuestra senda hacia la liberación!”³.

2. Comienzo de su vida pública: el militante

Ho Chi Minh tuvo distintos nombres durante el transcurso de su vida. Al comenzar a incursionar en diferentes movimientos socialistas políticos

ingresa con el nombre de Nguyen Ai Quoc y comienza a formarse en París como conversador y orador; escribe diferentes artículos en *L'Humanité* y en *Le Paria* denunciando los abusos por parte del gobierno francés. En 1924 llega a residir a la URSS⁴ donde comienza un curso preparatorio en la Universidad de los trabajadores de Oriente y escribe varios artículos en *Pavda*. Lacouture resalta en su libro biográfico de Ho Chi Minh, el hecho de que a pesar de que pasó más de doce años en el mundo civilizado, proletarizado, viviendo con comodidades, nunca se resignó a seguir insistiendo en los problemas campesinos y coloniales de Vietnam.

Entre 1924 y 1925 llega a Cantón para asumir funciones como “experto” en política asiática. Durante esa época un joven vietnamita arroja una bomba al gobernador general de Indochina; el atentado fracasa pero queda hondamente grabado en la mente de Quoc quien concluye que *“no es asesinando a los gobernadores generales como se puede derribar el régimen colonial”*⁵.

En 1940, luego de treinta años de ausencia, Quoc vuelve a su propio país y se sitúa en una cueva en las montañas situadas cerca de la frontera China. Toma el nombre de Ho Chi Minh “el que ilumina”⁶, y da nacimiento a un nuevo partido: Vietnam Lap Dong Minh (Liga para la Independencia Vietnamita), o para la historia, Vietminh, junto con Giap⁷; el primero traducía obras chinas y el segundo se encargaba de la propaganda e instrucción militar. Tiempo después de la creación del Vietminh, Ho es enviado a prisión en China y comienzan los rumores de que muere allí; no obstante, un año después sale y se reúne nuevamente con sus compañeros militantes del Vietminh.

3. Momento favorable y adversario principal: camino a la independencia

Como se expuso anteriormente, Lenin fue la principal conexión entre el pensamiento político comunista y Ho; sin embargo, hubo una fuerte influencia en él de dos ideas específicas leninistas: el momento favorable y el concepto de “adversario principal”. Podría decirse que el buen uso que Ho le dio en la práctica a esta terminología, permitieron que la insurrección contra los japoneses fuese un éxito.

Los colonos franceses organizaron una “limpieza” rotunda de las guerrillas del Vietminh agenda para el 12 de marzo de 1945, acción que derrotó por completo a Ho debido a que el movimiento no tenía la capacidad de contrarrestar un ataque de esa magnitud. Empero, tres días antes de que esta se lograra llevar a cabo, los japoneses detuvieron y encarcelaron a todo francés con autoridad. Para el Vietminh esto fue lo mejor que pudo pasar, no sólo porque no se desarrolló la “limpieza” sino también porque los japoneses no eran capaces de oponer un orden coherente contra el combate revolucionario. El 4 de junio, Ho reorganizó los grupos guerrilleros y recurrió a la OSS (Office of Strategic Services) para solicitar apoyo militar; gracias a su poder de convencimiento, esta le brindó armamento americano pesado.

El 6 de agosto del mismo año, Hiroshima es arrasada por la bomba atómica, fulminando de esta manera a Japón. El general Giap propuso a Ho Chi Minh dar comienzo a la revolución, no obstante, el líder del Vietminh- haciendo alusión a la espera del “momento favorable”- decidió que había que espe-

rar a que Japón fuese localmente tan débil como en el plano internacional. Además, con ayuda de algunos franceses hizo alusión a la idea del “adversario principal”, idea que él explica de la siguiente manera: *Es sucesivamente colonialismo francés, japonés, ocupante chino, imperialismo americano, lo importante es distinguir y actuar contra él con la ayuda de los otros*⁸.

El 13 de agosto de 1945, se decide en el Congreso Popular Extraordinario en Tao Trao arrebatarse el poder de manos de los fascistas japoneses antes de la llegada de los aliados. Llega el momento favorable esperado por Ho y este lanza por fin el llamado a la “insurrección general”. Entre el 19 y 20 de ese mismo mes, se da la caza de los franceses y las secciones de asalto del Vietminh ocupan edificios públicos; se derramó poca sangre y los comunistas apelaron con todos sus recursos a la legitimidad que habían obtenido de su función de liderazgo durante los cinco años de lucha antifascista contra el régimen colonial francés y sus supervisores japoneses.

Lo más relevante de la Declaración de Independencia Vietnamita es el discurso que Ho, como jefe de Estado, comunica el 2 de septiembre de 1945 frente a miles de vietnamitas. En este invoca las primeras líneas de la Declaración de Independencia de Estados Unidos “*Todos los hombres son creados iguales. Ellos están dotados por el Creador de determinados derechos inalienables; entre éstos se cuentan la vida, libertad y la consecución de la felicidad*”, además, posterior a estas líneas, prosigue con la Declaración de Independencia de Francia “*Todos los hombres han nacido libres y con iguales derechos y deben permanecer libres e iguales*”. En este muestra la esencia de sí mismo: la polémica⁹. La misma que lo caracterizó en sus inicios como escritor revolucionario en *L’Humanité* y *Le Paria*.

4. Conclusiones

Ho Chi Minh fue durante el transcurso de su vida un marxista-leninista convencido. Murió el 3 de

septiembre de 1969, casi seis años antes de que su país se librara de los estadounidenses y se reunificara en marzo de 1975. No obstante, es sin duda alguna el libertador por excelencia de los vietnamitas.

Ho no fue realmente un teórico, como sí lo fueron líderes como Mao, Lenin, Stalin. Sin embargo, mostró gran agudeza para interpretar de manera correcta el pensamiento marxista-leninista y desarrollarlo en la práctica mediante estrategias planeadas de manera cuidadosa. Tenía gran habilidad para analizar las situaciones en las que la nación y él mismo se encontraban y actuar conforme a estas para lograr el resultado esperado; él era consciente de esto:

*Gracias a la capacidad de combinar el marxismo-leninismo con la situación real de nuestro país, nuestro Partido ha cosechado muchos éxitos en su trabajo (...) Aunque disponemos de ricas experiencias de los países hermanos, no podemos aplicarlas mecánicamente porque nuestro país tiene sus propias peculiaridades, y si no les prestamos atención mientras aprendemos de las experiencias de éstos, cometemos un grave error y somos presas del dogmatismo*¹⁰.

Luego de haber expuesto el trayecto político de Ho Chi Minh, sus decisiones como líder del Vietminh y el contexto histórico en el que estas se desarrollaron, se puede concluir conforme a la pregunta planteada en la introducción del presente texto, lo siguiente: las razones que lo llevaron a ser el precursor de la independencia vietnamita, fueron más que todo las decisiones que tomó en el momento adecuado. El manejo correcto del “momento favorable” es lo que hace que Ho haya tenido logros exitosos durante la independencia de Vietnam, aunque no se debe dejar de lado el contexto histórico el cual sí marcó un punto muy importante. Fue la presión de la situación social y política del momento la que permitió que Ho aceptara y desarrollara como ideología el comunismo.

Cabe resaltar que este líder revolucionario no sólo luchó contra “las clases” siendo comunista,

sino que se enfrentó a dos imperios que poseían gran poder a nivel mundial: el francés y el estadounidense. No obstante, resulta necesario resaltar el hecho de que el imperio francés estaba fuertemente fragmentado a causa de las dos Guerras Mundiales desarrolladas en el siglo XX, pero este no fue el único obstáculo para la independencia; se obtuvo con gran astucia derrotar a las tropas estadounidenses y unificar a un país hondamente dividido por décadas. Lo anterior, es algo que sólo puede lograr un gran líder revolucionario, el que iluminó el camino a la victoria y a la independencia, el que para siempre será recordado en Vietnam como “El tío Ho”¹¹.

5. Bibliografía

David HALBERSTAM, *Ho*, Ed. Bruguera S.A, 1975.

Chi Minh HO, *¡Abajo el colonialismo!*, Madrid, Ed. Akal S.A, 2011.

Kristin JOHNSON, *Ho Chi Minh: North Vietnamese President*, Ed. ABDO, 2012.

Jean LACOUTURE, *Ho Chi Minh: A Political Biography*, Madrid, Alianza Editorial, 1970.

Notas

* Estudiante de Ciencias Políticas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. claraqufr@unisabana.edu.co

1 Jean LACOUTURE, *Ho Chi Minh: A Political Biography*, Madrid, Alianza Editorial, 1970, p. 10.

2 David HALBERSTAM en su libro “Ho”, escribe que es muy probable que en este Continente haya comprobado más a fondo que el problema colonial era el mismo en diferentes partes.

3 Chi Minh HO, *¡Abajo el colonialismo!*, Madrid, Editorial Akal, 2011, p. 294.

4 Fue en esta época donde a pesar de no haber alcanzado a conocer a Lenin, trató a los más cercanos compañeros del promotor de la revolución como Rdek, Zinoviev y más aun a Stalin.

5 Op. Cit., p. 128.

6 Traducción del vietnamés al español. Quoc toma el apodo de Ho Chi Minh como nombre de guerra.

7 Giap había sido compañero de Ho desde años atrás y estuvo con él en la creación del Vietminh. En el futuro se convertirá en la mano derecha de Ho en asuntos de guerra.

8 Op. Cit., p. 18.



- 9 Es evidente que Ho intenta aquí mostrar la ironía de estas frases situadas en la Declaración de independencia de Estados Unidos y Francia respectivamente, teniendo en cuenta que estas dos naciones estuvieron oprimiendo y atacando a los vietnamitas como si fuesen superiores a estos.
- 10 Op. Cit., p. 32.
- 11 Un argumento en contra de los logros positivos de Ho Chi Minh, es la manera como fue manejada la reforma agraria en 1953, donde fueron “eliminados” más de 10.000 individuos, los cuales-la mayoría- habían apoyado la Revolución. No obstante, Ho no dirigió la reforma agraria directamente, y después de este hecho reprochó la actuación del partido e invitó a la autocrítica y reflexión sobre lo sucedido. Ho a veces fue severo, pero cuando se equivocó, aceptó sus errores. Sin embargo, como en todo gobierno totalitario, la oposición (trotskistas) fue suprimida por parte del partido.



Entrevista



Entrevistado: Javier Osuna Sarmiento
 Comunicador Social y Periodista de la Universidad de La Sabana
 Premio Nacional de Periodismo Simón Bolívar 2009
 Premio Nacional de Periodismo (CPB) del Círculo de Periodistas de Bogotá 2009
 Director de la Revista literaria Fahrenheit 451 y Representante
 Legal de la Fundación Fahrenheit 451

Entrevistador: Daniel Alejandro Higuera Rincón
 Estudiante integrante del Consejo Editorial de la revista de estudiantes DISSÊRTUM

Breve biografía del entrevistado¹:

Comunicador Social y Periodista de la Universidad de La Sabana.

En el 2009 obtuvo el Premio Nacional de Periodismo Simón Bolívar con el reportaje “La prensa silenciada”. El mismo año obtuvo el Premio Nacional de Periodismo CPB (Círculo de periodistas de Bogotá) en la categoría de Nuevos Medios con el portal Verdad Abierta.com, donde se desempeñó como corresponsal en Bogotá cubriendo el proceso de Justicia y Paz con las autodefensas.

En el 2007 y el 2008 trabajó en la FLIP (Fundación para la Libertad de Prensa), primero como practicante social, después apoyando las labores de la Línea de Investigación de la organización.

Desde el 2005 trabaja como director de la revista literaria Fahrenheit 451 y como representante le-

gal de la Fundación Fahrenheit 451, que utiliza la literatura como herramienta de cambio social con diferentes segmentos de la sociedad.

Su obra narrativa fue seleccionada para hacer parte del compilado del “Tercer Encuentro de Escritores Colombianos” (2006) y recibió mención de honor en el Premio Ray Loriga de Jóvenes Escritores, organizado por la Fundación Gilberto Alzate Avendaño y el grupo Santillana con su cuento “Los hay unos sin los otros”.

En el 2007 obtuvo la Mención a la gestión y al trabajo. Proyecto 5939-06 Programa de Participación y Movilización Social. Componente: Creación del sistema local de juventud de la localidad Ciudad Bolívar.

En este momento colabora como asistente de investigación en un libro sobre los procesos de negociación con las FARC y asesora las publicaciones “Riel” y “El Despertar” de la localidad de Usaquén.



■ Javier Osuna junto a "Retrato de una mujer secuestrada", obra artística de Marcela Ceballos.

Daniel Alejandro Higuera Rincón (DH): Javier, ¿qué es la libertad de expresión y la libertad de prensa?

Javier Osuna Sarmiento (JO): Mira, la libertad de expresión es un derecho fundamental, pero en concreto no solo define una forma de expresión del individuo, no se limita a la construcción social de un sujeto que quiere manifestarse con libertad. Lo que es realmente valioso de la libertad de expresión, es que es un derecho fundamental, que consagra a una colectividad mucho más grande que el individuo.

Lo que intento decir es que la libertad de prensa en un país como Colombia, es un mecanismo de defensa de los derechos, es un mecanismo de

investigación, que puede evitar catástrofes absolutamente terribles para el país, y como acá y en cualquier parte del mundo, es un derecho que consagra no sólo la voluntad de una persona que quiere expresar lo que siente o el resultado de sus investigaciones, sino que protege a nombre de una colectividad, el acceso libre a la información.

Siento que en Colombia esto no está del todo claro, siento que la figura del periodista en muchas ocasiones es cuestionada con mucha ligereza, con mucha superficialidad, pero en esencia la única garantía de una sociedad libre, es una sociedad libre también de expresarse y esto está atado al trabajo de los medios de comunicación y al trabajo de los periodistas día a día.

(DH): Bueno, hablamos de los derechos y su importancia para una sociedad como la colombiana, pero ¿cuál es el deber concreto, que tiene el comunicador ante la sociedad?

(JO): Yo puedo dar una respuesta a título personal, porque difícilmente podría abarcar un tema tan complejo por todas las aristas. Yo siento que una de las principales labores de un periodista, es la de “perro guardián”, al menos del periodismo que yo hago; yo soy un convencido de que el periodismo, el único periodismo que tiene sentido realizar en un país como el colombiano, o al menos el que yo siento más cercano a mí, es precisamente aquel periodismo que dicen las cosas como quieren decirse; nosotros vivimos en un país que enfrenta unos problemas de corrupción muy complicados, unos problemas de infracción de Derechos Humanos que se han vuelto casi que cotidianos, tanto así, que la sociedad ni siquiera lo siente; entonces yo considero que el trabajo del periodista consiste, en ese sentido, en convertirse en el “perro guardián” de los derechos de la ciudadanía; para mí, el periodismo es un ejercicio de humildad. Y la libertad de expresión es una garantía básica para mantener a una sociedad bien informada, y una sociedad bien informada toma decisiones más acertadas y puede transformar aquellas cosas que le hacen daño o aquellas otras que le causen dolor, pena, miedo, etc.

Entonces en concreto, para mí el periodismo de investigación en el que yo creo, es un periodismo que dice aquellas cosas que incomodan, porque podríamos quedarnos repitiendo lo mismo y no pasaría absolutamente nada; creo que el periodismo debe generar transformaciones y soy un convencido de que la información y la libertad de expresión, pueden generar transformaciones sociales muy importantes para un país como el nuestro.

(DH): ¿Es posible que haya tenido lugar algún cambio después de los sucesos ocurridos en Estados Unidos el 11 de septiembre del 2001, con relación a la forma de realizar la comunicación, no sólo en el país, sino también a nivel mundial?

(JO): Claramente el 11 de septiembre representa una transformación cultural muy importante, no sólo para el periodismo, sino también para las ciencias humanas en términos de historia. Sabemos lo que comenzó desde el 11 de septiembre; inició una cruzada, una guerra en contra del terrorismo que significó también una profunda estigmatización, para sectores que en concreto no cabían dentro de los planes de la política internacional de Estados Unidos.

Ahora considero que las acciones terroristas involucran un reto para el periodista, el cubrimiento del conflicto. Pero en concreto el cubrimiento y el acercamiento de las víctimas, es una de esas preguntas grandes que el periodista debe resolver todos los días; para aquellos que de alguna manera se desenvuelven en el desarrollo del conflicto, creo que no queda más que escuchar con humildad y tratar de entender que hay un depositario de Derechos Humanos delante tuyo, entender que es un depositario afectado por esa violencia, que ha sido ejercida y tratar de construir una verdad y que no se repita el discurso del victimario.

Creo que en Colombia tenemos un problema grande y es que los procesos de investigación judicial, en muchas ocasiones, terminan empoderando la voz de un victimario, la construcción de un sujeto responsable de las acciones terroristas escasamente, y creo que se ha comenzado a generar una transformación social, creo que hoy en día existen periodistas como Claudia Julieta Duque, por ejemplo, que ha comenzado a hacer un ejercicio muy interesante; el mismo de Alfredo Molano, el cual consiste en romper esa mirada del mundo bitonal, en la que hay gente buena y mala nada más y en la que es también necesario, incluir la narración de la víctima, no quedarnos únicamente con el resultado de las sentencias judiciales o el testimonio del que causó el acto; sino también empoderar la versión de los hechos de aquellos que se ven como una parte frágil en la cadena, pero que al final de cuentas hacen parte de una historia que debe narrarse.

Entonces creo que el periodismo se ha transformado, creo que hoy en día, el desarrollo del conflicto y el cubrimiento de actos terroristas involucran de alguna manera una reflexión social dentro del periodismo. Y es una respuesta que se tiene que dar de forma natural, porque no hay manera para estar preparado, es decir, indudablemente fundaciones, organizaciones sin ánimo de lucro, interesadas en el tema de libertad de expresión, intentan capacitar a los periodistas; pero este es un oficio en el que ese proceso de sensibilización tiene que darse a la par del cubrimiento.

(DH): Bueno, hablamos de una reflexión que tiene que hacer el periodista. Sin embargo ¿Es posible generar esa reflexión, cuando son los mismos medios de comunicación los que están en manos de un gobierno nacional?

(JO): Claramente una de las principales luchas, y así quedó expuesto en el más reciente informe de reporteros sin fronteras, tiene que ver con el monopolio de los medios de comunicación; asumimos que la única manera en la que exista una prensa realmente libre, radica en que haya diversidad sobre las opiniones y diversidad en la manera de expresarse. En la medida en que los medios de comunicación estén concentrados alrededor de una manera de ver el mundo, hay muchas que se están perdiendo.

Yo tengo grabada en mi mente una frase que decía “los grandes medios de comunicación, son sinónimo de un mal periodismo”; a mí me parece una frase muy crítica, pero que de alguna manera ilustra la pregunta que tú haces.

Creo en la independencia del periodista y estoy convencido de que los medios de comunicación, como todas las empresas en el mundo, tienen intereses; pero dentro de esas estructuras hay periodistas que están comprometidos con el derecho a la libertad de expresión. Creo que la mirada ligera sobre esa especie de visión conspirativa en la que hay un monstruo conglomerado económico, que quiere que ciertas cosas se digan o no, está atravesado por personas de carne y hueso que trabajan

todos los días, e incluso en aquellos medios de comunicación que uno no lee habitualmente te sorprende encontrar periodistas muy comprometidos que arriesgan todo. Creo que en Colombia tenemos una tradición bastante combativa de la prensa, a pesar de que existe claramente una concentración en términos de medios de comunicación.

(DH): Creo que es importante preguntar por su experiencia personal, acerca de si ese compromiso genera siempre riesgos ¿Cree usted realmente que al día de hoy, hay garantías para el periodismo y para el desarrollo de la libertad de expresión?

(JO): Colombia es uno de los países con una libertad de expresión compleja frente a otros países del mundo. En los últimos años, han sido asesinados periodistas; nada más esta semana que pasó, fue asesinado uno en Caquetá después que la unidad especial de protección removiera su esquema de seguridad. Entonces yo creo que hay una situación aquí, que tiene que pensarse con sumo cuidado, porque el dilema de un país como Colombia, es que en un aparente Estado donde la democracia, donde las libertades son respetadas, donde existe una institucionalidad fuerte, por decirlo así de forma histórica; se cometen crímenes en contra de los Derechos Humanos con bastante frecuencia y aún más seguido, en contra de la libertad de expresión.

Creo que no existen garantías. Un último informe de la FLIP (Fundación para la libertad de prensa), plantea una especie de contradicción en términos de medidas de protección y cómo son asignadas a los periodistas -que es un primer tema- las clases de medidas de protección que se le pueden entregar, para que cumpla con su oficio a pesar de las amenazas y la intimidación.

Y digo que es sólo una parte de la respuesta, porque la verdadera respuesta para que existan garantías es la judicialización de los responsables de esas amenazas, la persecución judicial de quienes son capaces de intimidar a quienes no quieren que hable. Lo otro que tiene que ver con una medida casi parcial para que el comunicador pueda con-

tinuar realizando su trabajo, muestra una contradicción en el último informe de la FLIP, porque lo que muestra este informe, y para mí es difícil decirlo en la medida de que hoy en día yo cuento con un esquema de seguridad, por ejemplo, de la Unidad Nacional de Protección, resulta más fácil otorgar seguridad a los periodistas que trabajan en las ciudades, que a los que trabajan en zonas rurales con potenciales riesgos, puesto que están más expuestos a la violencia.

No creo que existan garantías plenas en la medida en que vivimos en el marco de un conflicto armado interno, en el que fácilmente el periodista puede llegar a convertirse en un escollo o en una incomodidad para los sectores de la violencia, pero también para los de la legalidad que se favorecen del desarrollo de la violencia. En Colombia no solo se censura la ilegalidad, sino que también se censura el establecimiento, entonces considero que se necesita un cambio sobre este respecto, y socialmente tenemos que entender que el estado de la libertad de prensa en Colombia es crítico. En Colombia no solo se censura la ilegalidad, sino que también se censura la legalidad que se beneficia de la ilegalidad, y eso para el establecimiento y el gobierno es una bofetada en la cara, pero sólo hasta que existan transformaciones reales, de mecanismos de censura que permitan que los periodistas hagan su trabajo, y en lo personal hasta que no existan medidas judiciales idóneas para evitar que se agredan a los periodistas, vamos a seguir en un círculo vicioso. A fin de cuentas, nos pueden poner todas las medidas de seguridad que quieran, pero no deberíamos necesitarlas.

(DH): Hay un tema muy importante que menciona usted y es lo correspondiente a la censura. Pero yo quisiera encaminar este término a la visión de lo que viene siendo el periodismo en el sentido de si existe una relación entre lo que es la censura y la responsabilidad de lo que debe informar el periodista.

(JO): Creo que la palabra que necesitamos acá es la autorregulación. A mí me parece que entre la libertad de expresión y el acto de comunicar, existe un proceso que en ocasiones la gente define como

autocensura. En el último informe de la FLIP habla Jineth Bedoya, quien fue víctima de abuso sexual en el ejercicio del trabajo que estaba investigando en ese entonces; me parece importante traer a colación su caso, pues abiertamente es difícil encontrar el testimonio de periodistas que acepten haberse autocensurado, y ella esgrime unos argumentos muy interesantes. Dice que dejó de informar porque sintió que el material de la publicación que tenían, podía hacer que sus compañeros de trabajo se vieran afectados, que pudiera existir algún tipo de ataque en contra del medio de comunicación del cual ella era parte.

Creo que la autorregulación es la palabra acertada de entrada, porque considero que hay un compromiso ético del periodista con la búsqueda y transmisión de la verdad; antes de publicar, el periodista debe hacer un ejercicio básico de responsabilidad, y esto es, los efectos que puede conllevar la publicación. Y no me refiero a dejar de publicar información por el hecho de las consecuencias judiciales que puede traer en contra de alguien que esté inmerso en un círculo de corrupción o en crímenes de lesa humanidad; no, me refiero, a un proceso mucho más simple que tiene que ver con la mirada horizontal del mundo, ser consciente de que como periodista se escribe sobre seres humanos, que se ven igual de afectados por la realidad.

Creo que el punto medio entre esa libertad de expresión y el daño a las otras personas, sólo se circunscribe en el ejercicio de la autorregulación, y esto es, que como ser humano se es capaz de pensar, que la información que produzco va a traer unos efectos en la vida de las personas que están allí. Y te doy un ejemplo claro: no tiene sentido que un testimonio periodístico exponga una víctima que está siendo intimidada; debo proteger la intimidad de esa persona, debo proteger esa fuente que puede sufrir las consecuencias de entregarme esa información.

Este es un ejemplo básico de autorregulación; lo otro es muy complicado, porque ponerle un bozal a la libertad de expresión es una infracción en contra de los derechos humanos, y no hay manera

de exigirle a la prensa unos límites para esa libertad de expresión sin ponerle un bozal. Y considero que evitar que la prensa genere espacios de confrontación es restringirla; a veces la prensa tiene que ofender. El periodista tiene un compromiso con la verdad, arriesga su vida por decir lo que es cierto, pero en Colombia, lamentablemente algunos periodistas que no tienen ese mismo respeto por la búsqueda de la verdad, sino que al contrario, han sucumbido a los límites del poder, son capaces de informar por su propia conveniencia, ya sea económica o ideológica.

(DH): ¿Se podría decir que existen víctimas de los medios de comunicación? En un contexto tan complicado como el colombiano, el periodismo puede tener esa habilidad de fungir como el “perro guardián” como usted lo decía anteriormente. Pero también se han producido víctimas por los medios de comunicación; tan sencillo como lo que sucede con las decisiones judiciales, que condenan antes de que salga el fallo; o acciones que simplemente configuran injurias o ataques hacia cierto tipo de personas sin tener la información clara y concreta. ¿Podríamos decir que hay víctimas de la libertad de prensa?

(JO): Y también judicializados. A lo que voy es que existen mecanismos en términos de defensa de la libertad de expresión cuando se ejerce de manera irresponsable, en Colombia. Tu acabas de mencionar uno de los casos, está el tema de la injuria y la calumnia; en concreto cualquier persona que se sienta afectada puede acudir a algunos mecanismos judiciales con el fin de proteger sus derechos. Sin embargo, creo que en ocasiones estos medios de defensa sirven como estrategia para entorpecer el desarrollo de la comunicación, pues hay recursos que se interponen con mucha ligereza pero que limitan los tiempos de las investigaciones, puesto que mientras no exista una respuesta judicial sobre la denuncia, el periodista debe callar lo que estaba diciendo; entonces puede que al final, el proceso le dé la razón pero se puede perder la investigación. Hice durante muchos años periodismo cerca a la ejecución de una ley en

materia de justicia transicional, y creo que entiendo hacia dónde se dirige la pregunta.

Soy un convencido de que existe información que de ser presentada irresponsablemente por el periodista, el proceso judicial puede caer en riesgo o comenzar a tambalearse; es más, puede ejercer una presión y una polarización para el juez que va a tomar la decisión. Pero también como periodista, soy un convencido que si nosotros nos quedáramos esperando las decisiones judiciales, este país nunca se hubiera enterado de los escándalos más importantes antes de que salieran a la luz pública.

¿Qué estoy tratando de decir? En medio de una situación tan compleja como la tiene nuestro país, en la que no creo que solo los periodistas tengan que hacer un ejercicio ético de su labor, sino también los encargados de ejercer justicia. Es habitual que los fallos de los jueces de este país sean contrarios a las pruebas; entonces me parece que existe una tensión entre el ejercicio del periodismo y funcionarios de la administración, pero también soy un convencido de que puede existir una relación armoniosa entre los jueces y los periodistas; pero esto también tiene que ver con la autorregulación, no sólo de periodistas, sino también con la autorregulación por parte de los jueces.

El periodismo puede aportar nuevos horizontes de investigación a los jueces y a los fiscales. Estoy seguro que una buena investigación periodística puede poner a tambalear verdades como la del Palacio de Justicia, la del proceso 8.000, o como la de la parapolítica. Si nosotros nos hubiéramos quedado esperando una decisión judicial, la verdad sobre estos acontecimientos habría quedado sepultada.

Y esto es lo que pasa con la Ley de Justicia y Paz. Colombia tiene más de 30 años de justificación con el accionar de grupos paramilitares y aquellos sectores de guerrilla que han querido someterse a la Ley 975 (Ley de Justicia y Paz). ¿Qué vamos a hacer con esa verdad, la vamos a dejar ahí, contenida en cientos de carpetas de la Fiscalía cogiendo moho o la vamos a sacar de allí y la vamos a

poner a generar resultados reales? No digo que el periodista tenga el derecho *per se* de informar sencillamente; estoy seguro de que esos límites se transgreden, y para eso existen medidas judiciales correspondientes, pero intentar callar la prensa por más nobles que parezcan los objetivos, al fin de cuentas es un ejercicio de censura.

(DH): Bueno, ya para terminar Javier, ¿En qué medida el desarrollo de la libertad de prensa, y como tal el desarrollo del periodismo, está comprometido con el proceso de paz adelantado en La Habana?

(JO): Si pones atención, las más recientes intimidaciones que se le hacen a los periodistas en la ciudad de Bogotá, se han realizado en su mayoría, contra aquellos periodistas que están informando sobre el proceso de negociación en la Habana. Es un absurdo total que la gente que está tratando de informar a la ciudadanía los acuerdos que se están construyendo, que esperamos lleguen a buen término, estén recibiendo intimidaciones anónimas, a nombre de grupos como las Águilas Negras, Los Rastrojos etc.

Surgen comunicados amenazando no sólo al periodista, sino también a toda su familia, y esto implica una reflexión honda. El periodismo no va a traer la paz a Colombia, no se le puede achacar al periodismo la construcción de un escenario de paz, pero sí es cierto que puede contribuir para que la sociedad pueda enfrentar las consecuencias de ese proceso de una mejor manera.

Creo que el periodismo que debe hacerse alrededor del proceso de La Habana, no puede ser el periodismo que estamos intentando hacer hoy en día pensando en un posconflicto que no ha llegado todavía. Tenemos que partir de lo que está ocurriendo ahora, y esto es que pueden existir periodistas que no estén de acuerdo con la forma en la que se está negociando, y tienen todo su derecho a exponer sus puntos de vista y enriquecer un proceso que es orgánico, un proceso de construcción de verdad que va paso a paso, una construcción colectiva en donde cabe la oposición y donde cabe la gente que está a favor del proceso.

La pregunta es ¿Por qué aquellos periodistas que están interesados en promulgar lo que está ocurriendo en la mesa de negociación de La Habana, que están preocupados por difundir un mensaje de paz, se están convirtiendo en un blanco de amenazas? Antes de preguntarnos cuál es el papel del periodismo relacionado con La Habana, que no creo que sea irse allá y tomarse unos mojitos en Cuba y esperar a ver qué pasa, tendríamos que hacernos la pregunta de por qué esta clase de cubrimiento está resultando incómodo para ciertos sectores sociales del país que no escatiman esfuerzos para callar a los periodistas.

Yo estoy plenamente convencido de que un cubrimiento totalmente libre, del proceso de La Habana va a favorecer totalmente que esos acuerdos sean comprendidos por la sociedad. Ahora, si a esa prensa se le impone un bozal para el cubrimiento y los periodistas sienten que cada vez que tocan el tema, se convierten en blancos de amenazas, pues claramente lo que va a ocurrir es que la sociedad a la hora de enfrentarse a estos acuerdos, se va a enfrentar a un documento que no entiende. Y seamos francos, hay gente que dice muchas mentiras alrededor del proceso de paz, hay gente que va muy delante del proceso de negociación en La Habana, hay gente que ha levantado la mano en contra de víctimas que van a la mesa de negociación sencillamente porque no son víctimas de la guerrilla. Eso para mí es mucho más victimizante que escribir un artículo que habla mal de una persona y tener que retractarse, señalar a una persona, que sin importar su posición ideológica que es citada a la mesa de negociación porque sí, es un daño gigantesco.

Nosotros tenemos que hacerle ver al país que lo que nos estamos jugando aquí, no es el cese del conflicto con la guerrilla de las FARC; el resultado de las negociaciones dará un Estado diferente y una forma de gobierno distinta también, y por eso es tan importante que haya un cubrimiento equilibrado alrededor del proceso con sus opositores más férreos. Pero tiene que ser una discusión argumentada y no reafirmada alrededor del silencio y de la estigmatización hacia las personas que están

a favor del proceso de paz; todos tienen que caber, ambos tipos de prensa tienen que caber en el proceso porque es la única manera de enriquecerlo y de que al final de cuentas sea refrendado o negado.

Me parece que estamos mirando mucho en el posconflicto y estamos dejando de lado las discusiones centrales, esto es, los acuerdos a los que se han llegado, lo adelantado que va el proceso y tratar de alimentarlo para que lo entienda el país, más allá de que estemos o no de acuerdo con él.

(DH): Bueno Javier, mil gracias por concedernos esta entrevista.

(JO): Gracias a ustedes.

Chía (Cundinamarca), 23 de febrero de 2015

ANEXO

“CARTA ABIERTA A LA OPINIÓN PÚBLICA”²

Bogotá, 3 de septiembre de 2014

Mi nombre es Javier Osuna Sarmiento. Soy periodista y amo este oficio; oficio que dejaré de ejercer de viejo, no de miedo.

Escribo esta carta abierta a la opinión pública porque el pasado 22 de agosto desconocidos ingresaron a mi domicilio en Bogotá e incineraron mis dos computadores (portátil y de escritorio) en los que existía evidencia de mi próxima tesis de maestría, un libro periodístico llamado “Me hablarás del fuego”: un texto escrito en homenaje a la memoria de los desaparecidos de los hornos crematorios de los paramilitares en Norte de Santander.

El incendio se produjo apenas tres días después de mi regreso de un viaje a la ciudad de Cúcuta, donde me reuní con víctimas que, además de haber perdido a sus seres queridos, continúan

siendo amenazadas en el proceso de la Ley de Justicia y Paz.

En el momento mi situación de seguridad es incierta. Las autoridades vinieron a investigar la escena del crimen después de diez días. Hoy, el centro cibernético policial de la DIJIN (Dirección de Investigación Criminal e Interpol) pidió acelerar el estudio de riesgo. La UNP (Unión de Protección Nacional) me asignó medidas de protección temporales que espero sean implementadas en un corto tiempo, un par de días. Pero es posible que las medidas definitivas de protección podrían tardar hasta 3 meses en caso de ser aprobadas.

Insto a las autoridades a valorar la seguridad de las personas vinculadas a la investigación, incluso mis fuentes. La capacidad de acción y daño de los autores de este hecho debe ser debidamente valorada: conocían mis movimientos e ingresaron a mi domicilio en una ciudad diferente a la que realicé las entrevistas (como ya ocurrió con otros comunicadores de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos ASFADDES en 2010). Invito a la sociedad en general a valorar este oficio que, como yo, cientos de periodistas regionales realizan poniendo en riesgo su vida en contextos de violencia.

No dejaré de hacer mi trabajo, como miles de personas en nuestro país, que soportan diariamente el flagelo de la violencia. Me siento profundamente orgulloso del camino que he trazado con mis manos, acompañando por la valentía de cientos de víctimas que siguen luchando por sus derechos en medio del conflicto.

“Ni pena, ni miedo” dijo el poeta Raúl Zurita en plena dictadura de Pinochet en Chile, lo cavó en el desierto de Atacama para que sólo pudiera verse desde arriba sobrevolando en helicóptero, como las líneas de Nazca en Perú. Pues bien, no tengo, “ni pena, ni miedo”, en exigir un país mejor para las víctimas del cobarde crimen de la desaparición forzada, “ni pena, ni miedo” de exigir a las autoridades que cumplan con sus funciones.

Agradezco a las instituciones nacionales e internacionales que intentan ayudarme, entre ellas la FLIP, Reporteros Sin Fronteras y ASFADDES, quienes han manifestado su solidaridad desde el momento mismo del incendio. Envío un abrazo

fraterno a las víctimas de desaparición forzada en nuestro país con la promesa de continuar aportando a la causa de sus seres queridos.

Cordial Saludo, **Javier Osuna**”

Notas

- 1 <http://confabulacion101-120.blogspot.com/2007/08/javier-osuna-premio-nacional-de.html>
- 2 <http://es.rsf.org/colombia-no-dejare-de-hacer-mi-trabajo-03-09-2014,46888.html>



Universidad de
La Sabana