

ISSN 0120-1867
ISSN-e 2145-615
Estud. Derecho

Estudios de Derecho

Directora
Amaya Querejazu Escobari

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN, COLOMBIA

Año LXXIV- segunda época.
Julio - diciembre 2017
No. 164

Rector

Mauricio Alviar Ramírez

Decano

Luquegi Gil Neira

Directora

Amaya Querejazu Escobari

Comité Editorial

María Rocío Bedoya Bedoya	Doctora en Gobierno y Asuntos Públicos, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia.
Mónica Vásquez Alfaro	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Adrián Albala	Doctor en Ciencia Política, profesor en el Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Brasilia, Brasil.
Manuel Alberto Restrepo Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Karen Isabel Cabrera Peña	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Gloria Amparo Rodríguez	Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Mónica María Bustamante	Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.
Andrés Gómez Rey	Magíster en Derecho Administrativo, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Julia Sandra Bernal Crespo	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Diego Eduardo López Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia.
Sorily Figuera Vargas	Doctora en Derecho, profesora de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ecuador.
Carolina Isaza Espinosa	Doctora en gobierno y administración pública, profesora en la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Colombia.
Alessandro Somma	Doctor en derecho comparado, profesor del Departamento de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Ferrara, Italia.
Gerardo Antonio Durango Álvarez	Doctor en Derechos Fundamentales, profesor de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.

Martha Esthela Gómez Collado	Doctora en Paz, Conflictos y Democracia, profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales Universidad Autónoma del Estado de México, México.
Diego M, Papayannis	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Girona
Mary Luz Alzate Zuluaga	Doctora en Ciencia Política, profesora de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría	Magíster en Derecho, profesor de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Colombia.
Mercedes Fernández López	Doctora en Derecho, profesora del área de Derecho Penal de la Universidad de Alicante, España.

Comité Científico

Marcelo Cavarozzi	Doctor en Ciencia Política, profesor de la Universidad Nacional de San Martín, Argentina.
Victoria Camps	Doctora en Filosofía, profesora del Departamento de Filosofía de la Universidad Autónoma de Barcelona, España.
Silvia Barona Vilar	Doctora en Derecho Procesal, profesora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, España.
Juan Carlos Monedero	Doctor en Ciencia Política, profesor del Departamento de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Complutense de Madrid, España.
Jaime Pastor Verdú	Doctor en Ciencia Política, profesor colaborador honorífico del Departamento de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.
Manuel Atienza Rodríguez	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, España.
Guillermo Lariguet	Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Miembro del Programa en Ética y Filosofía Política de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Ricardo Hoyos Duque	Exmagistrado del Consejo de Estado. Profesor universitario, Colombia.
Juan Antonio García Amado	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, España.
Benoit Delooz Brochet	Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Chile.
Juan Antonio Cruz Parcero	Doctor en Derecho, investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Jean Pierre Matus A.	Doctor en Derecho Penal, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Chile.
Josep Maria Vallès	Profesor emérito de la Facultad de Ciencias Políticas y de la Administración de la Universitat Autònoma de Barcelona, España.
Adrián Rentería Díaz	Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho por la U. de Milán. Profesor de Filosofía del Derecho en la Università degli studi dell'Insubria, Italia.
Árbitros	<p>Bernardita Pérez Restrepo Mary Luz Tobón Tobón Carlos Fredy Ochoa García Jorge Ernesto Roa Roa Cristina Echeverri Pineda Ana María Londoño Agudelo Camilo Andrés Tamayo Gómez Eugénie Richard Richard David Fabio Esborraz Carlos Lista Ensenat Enrique Andriotti Romanin Claudia Andrea Bacci José Felipe Navia Arroyo Renzo Esteban Saavedra Velazco Mònica Albertí i Cortès María Guadalupe Rodríguez Zamora Martín José Riso Ferrand Ricardo Sebastián Piana Catalina Merino Martínez Jairo Antonio Enamorado Estrada</p>
Asistente editorial	Santiago Carmona Cardona
Edición y revisión de textos	Marcela Gómez Toro
Traducción y revisor de textos en inglés y portugués	Jorge Alberto Cossio Acevedo
Diseño y diagramación	Carolina Velásquez Valencia, Imprenta Universidad de Antioquia
Impresión	Imprenta Universidad de Antioquia (574) 219 53 30 imprenta@udea.edu.co

Estudios de Derecho aparece registrada en los siguientes índices y bases bibliográficas:

- Web Of Science
- Lexbase
- Sociological abstracts
- International Bibliography of the Social Sciences
- CLASE
- Latindex
- EBSCO PUBLISHING
- SciELO
- MIAR
- Emerging Sources Citation Index
- International Bibliography of the Social Sciences (IBSS)
- International Political Science Abstracts (IPSA)
- Political Science Complete
- vLex
- Worldwide Political Science Abstracts
- Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Biblat
- LatinRev
- Academia

Tarifa postal reducida.

Se permite la reproducción de cualquier artículo de la revista *Estudios de Derecho*, siempre y cuando se cite la fuente y se remita a ésta una copia de la publicación

Valor de la suscripción anual en el país:	\$20.000
Valor del número sencillo en el país:	\$10.000
Valor de la suscripción en el exterior:	US\$30

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867
Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia
Diagramación, impresión y terminación: Imprenta Universidad de Antioquia.

Autor fotografías

Ricardo Castro Cano. Estudiante del pregrado de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia
Dirección: calle 70 No. 52-72, Oficina 404, edificio de Extensión
Teléfono: (574) 219 58 55
Correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co
Página web: www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho

Imprenta Universidad de Antioquia
Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@udea.edu.co

MISIÓN

Publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que constituye su órgano académico oficial. Su misión radica en contribuir al debate de las ideas en torno a las disciplinas del derecho y la política al publicar artículos producto de investigación y reflexión en dichas áreas, elaborados por autores nacionales y extranjeros, previa selección del Comité Editorial y aprobación por los árbitros de la revista. Está dirigida a los abogados, filósofos, politólogos y, en general, a los estudiosos de estos asuntos.



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Índice

Editorial

Amaya Querejazu Escobari 13-21

Los efectos de la justicia constitucional frente los silencios del legislador y de la ley en Colombia

Carlos Daniel Muñoz Chamorro 23-44

Pluralismo jurídico intercultural: un análisis desde la ontología política en la comunidad indígena de San Lorenzo, Caldas

Camilo Enrique Galíndez Narváez 45-67

Constitutional replacement in five countries of South America. An Empirical Comparative Analysis

José Luis Castro Montero 69-88

Los medios de comunicación digital en la dinámica reciente de la diplomacia pública colombiana y la seguridad nacional en los gobiernos Uribe y Santos

Alix Cortés Dussán 89-124

Neutra natura. Un enfoque institucional de los conceptos “sexualidad”, “matrimonio” y “familia”

Roberth Uribe Álvarez, Luis Alberto Gómez Castrillón 125-150

**El derecho a la palabra. El testimonio en el Juicio
por la Verdad en Mar del Plata, Argentina**

Estefanía Di Meglio 151-181

Contrato de seguro de vida grupo deudores: caracterización y problemáticas

Jonathan Zapata Flórez y otros 183-206

**Pedagogía crítica y justicia restaurativa:
una relación virtuosa para la formación ciudadana**

Giovanni Alberto Zapata Cardona 207-222

**Línea jurisprudencial de la democracia deliberativa
en la Corte Constitucional colombiana**

*Gerardo Antonio Durango Álvarez, Mayda Soraya Marín Galeano
José Fernando Valencia Grajales* 223-254

**Una aproximación preliminar al problema de la búsqueda
de la verdad en el ordenamiento jurídico colombiano**

Cristian Arrieta Morales 255-272

Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho

273

Editorial

Amaya Querejazu Escobari

DOI: 10.17533/udea.esde.v74n164a01

Estamos en una era de exceso de información. La globalización ha condicionado, no solo la forma como accedemos a dicha información y al conocimiento, sino también cómo los producimos y cómo hacemos investigación. Al respecto es posible identificar por lo menos dos escenarios: por un lado, tal exceso hace imposible cubrir todos los avances o estar totalmente al día con las discusiones, autores y producción en temas específicos. Los procesos investigativos más serios y exhaustivos deben ceder ante la realidad de que es imposible cubrir todo lo que se ha dicho y escrito acerca de un fenómeno y temática específica. Esto propicia otra realidad que tiene que ver con que la producción del conocimiento se torna cada vez más especializada, enfocada y puntual, de manera que se pueda “cubrir” por lo menos metodológicamente, intereses más puntuales de fenómenos, problemáticas y debates que están en gran medida globalizados. Esto incide en el fraccionamiento, compartimentación y la especialización y localización del conocimiento. Si a todo esto añadimos los giros críticos en las ciencias sociales que reivindican los conocimientos situados y la imposibilidad de producir “verdades”, metateorías o conocimientos universales o universalizables, entendemos que la labor académica de aportar al debate y la crítica también se complejiza (ver Luker, 2008). Estas dos realidades evidencian la interrelación entre lo local y lo global: inquietudes que al parecer son muy concretas y específicas por el tema que tratan o el objeto de estudio, se pueden insertar perfectamente en contextos causados o condicionados por la globalización y ésta, a su vez, condiciona las inquietudes que nos hacen indagar sobre repercusiones concretas de determinados fenómenos.

Todos los artículos de este número de la revista forman parte de esa conversación entre lo local/específico y lo global. Si bien algunos se concentran en el ordenamiento o contexto colombiano, forman parte de discusiones que tienen eco u origen en otras latitudes. En ese sentido, los autores acuden a fuentes como la doctrina y legislación internacional para complementarla y/o contrastarla con lo nacional y al hacerlo socializan su trabajo en contextos mucho más amplios, es decir, la introducen en una conversación que trasciende los límites de lo nacional. En el primer artículo, Muñoz aborda la tensión jurídica y política entre dos poderes del estado –legislativo (Congre-

so de la República) y judicial (Corte Constitucional)-, y la manera como se ha tratado dicha tensión en la práctica en los estados constitucionales de derecho y en especial en Colombia. El artículo se enfoca en analizar cómo las omisiones del legislador pueden afectar derechos constitucionalmente protegidos (omisión legislativa inconstitucional). El artículo de Galíndez aborda la discusión del pluralismo jurídico y resalta la necesidad de reflexionar y concebir espacios para entablar diálogos con la diferencia, no solo en términos culturales sino ontológicos, a partir de la coexistencia de diferentes cuerpos normativos y cuyo reconocimiento es clave en contextos de descolonización más amplios -regionales y globales- de la política y del derecho. A partir de un análisis comparativo entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Castro pregunta si nos debería preocupar el reemplazo constitucional que existe cuando “muere” una constitución para dar paso a otra y cuáles son las implicaciones de estos cambios. El análisis está determinado por la incidencia que tiene la variable del bicameralismo en dichos países. Estos ciclos muestran el dinamismo sociopolítico y del derecho que no se da en forma aislada en cada país, sino que responde a situaciones tanto internas, como también provocadas o influenciadas por contextos de transformación regionales y globales. Por su parte, Durango, Marín y Valencia presentan un análisis de los cambios en la línea jurisprudencial respecto a la concepción de la democracia deliberativa, desarrollada por la Corte Constitucional desde 1991 a la fecha. Los autores identifican un cambio que va desde la ausencia de la fundamentación, donde se asociaba la deliberación con la discusión y el debate, e identifican un giro en 1997, cuando la Corte introdujo principios deliberativos como: publicidad, identidad, consecutividad, derechos de las minorías, participación democrática, entre otros. Dentro de esos procesos de mutua constitución entre lo global y lo local, Dussán analiza, a través del estudio de la política de seguridad de los gobiernos de Santos y Uribe, el papel de los medios de comunicación, no solo como mediadores pasivos de la información, sino como formadores de opinión y cómo los gobiernos han venido incrementando este recurso en materia de política exterior y diplomacia pública. Uribe y Gómez ofrecen una necesaria reflexión sobre los conceptos de “matrimonio”, “familia” y “sexualidad” desde el análisis del discurso doctrinario y del derecho de familia en Colombia. Desde una aproximación crítica a las pretensiones naturalistas o biologists, los autores ofrecen una concepción alternativa que le apuesta a una ‘tesis institucional’, según la cual, las uniones sexuales y maritales en ningún caso pueden ser valoradas como un acto contranatural por el derecho. Esta discusión y preocupación jurídica, política, económica, religiosa y social no solo tiene lugar en el país sino en otras partes del mundo.

El caso de la figura del testimonio en el Juicio por la Verdad en Mar del Plata (2001) es a primera vista un estudio específico y también local, sin embargo, el análisis de Di Meglio sobre el uso del derecho a la palabra como modalidad de juicios en diferentes ciudades argentinas sirve de vitrina para grandes aprendizajes en un contexto de postconflicto, donde uno de los objetivos y propósitos más amplios es el de la reconstrucción de la verdad. La autora sostiene que esta es una forma alternativa de reparación que ofrecen el derecho y la justicia porque les reconoce un lugar a los testigos-víctimas. Este artículo tiene eco en el de Arrieta, quien analiza las dificultades y ventajas de aproximarse a la verdad en procesos judiciales. Dentro de las últimas menciona el derecho a ser informada del estado del proceso, a hacer una contribución

activa en el mismo e, incluso, a conocer qué ha sucedido, aspecto que se encuentra ligado con el respeto a la dignidad.

El texto de Zapata *et. al.* aborda críticamente el estudio y análisis del contrato de seguro de vida grupo deudores. El aporte del documento no solo tiene que ver con que el uso de esos contratos se ha generalizado, sino que es un texto guía de lectura obligatoria tanto para estudiantes de derecho, litigantes o académicos como para cualquier persona que suscriba dichos contratos en general, más ahora que vivimos en sociedades de riesgo (Beck, 1998). Por último, el artículo de G. Zapata se ocupa de analizar puntos de encuentro entre convivencia y ciudadanía, donde el enfoque de la Justicia Restaurativa -clave como alternativa a la estructura de verticalidad del marco de lo punitivo imperante en instituciones educativas-, se relaciona con la necesidad imperiosa de contar con una pedagogía coherente con visiones integradoras y reflexivas, es decir, una pedagogía crítica.

No puedo terminar esta editorial sin hacer referencia especial a las fotografías de la carátula y portadas de Ricardo Castro Cano, estudiante de derecho de la Facultad. La revista está comprometida con la publicación y divulgación de textos de alta calidad, sin embargo, como parte del espíritu crítico de la Facultad, apoya otras formas de conocer y de transmitir conocimiento. A través de sus fotografías, Ricardo nos transporta a la dura realidad cotidiana de los habitantes de Altavista. Como él mismo expresa:

Al tomar estas fotografías sentí decepción de mí; no entendía cómo era posible que llevando 20 años en Medellín, apenas hace unos meses conociera una realidad tan compleja y tan cercana. Solo me queda invitarlos a salir a conocer el entorno que los rodea; entender que sucede al otro lado de tu ciudad, al otro lado de tu país y, de esta forma, permitir que nazca en ustedes la empatía. El valor que muchas veces es explicado con “ponerse en los zapatos del otro” para no juzgarlo, por diferente que sea, y todo porque conviví con él y comprendo lo que ha vivido. Termino diciendo que el día en que conozcamos la realidad del otro e interactuemos con los coterráneos, ese día tendremos identidad y el tan nocivo mal de la indiferencia podrá desaparecer

Cada fotografía cuenta una historia y todas forman un tejido de relatos cuyo orden y selección obedecen a la intención del fotógrafo de transmitirnos conocimientos, emociones y mensajes importantes que no solo se circunscriben a Altavista, sino que forman parte de problemáticas que a todos, como humanos, nos afectan y conciernen.

Referencias

- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós
- Luker, K. (2008). *Salsa Dancing into the Social Sciences. Research in an Age of Info-glut*. London: Harvard University Press

Editorial

Amaya Querejazu Escobari

We are in an era of info-glut. Globalization has conditioned not only the way we access such information and knowledge, but also how we produce them and how we carry out research. In this regard, it is possible to identify at least two scenarios: on the one hand, such excess makes it impossible to cover all the advances or be totally up to date with the discussions, authors and production of specific topics. The most serious and exhaustive investigative processes must yield to the reality that it is impossible to cover everything that has been said and written about a specific phenomenon and theme. This leads to another reality that has to do with the production of knowledge which becomes increasingly specialized, focused and timely, so that you can “cover” at least methodologically, more specific interests of phenomena, problems and debates that are greatly globalized. This affects the fractioning, compartmentalisation and specialization as well as location of knowledge. If to all this we add the critical turns in the social sciences that claim situated knowledge and the impossibility of producing “truths”, meta-theories or universal or universalizable knowledge we understand that the academic work of contributing to debate and criticism is also complex (see Luker, 2008). These two realities show the interrelation between both the local and the global: concerns that seem to be very specific and specific for the subject they are dealing with or the object of study; they can be perfectly inserted in contexts caused by globalization and, at the same time, globalization conditions the concerns that make us inquire about concrete repercussions of certain phenomena.

All the articles in this issue of the journal are part of that conversation between the local/specific and the global. Although some focus on the Colombian order or context, they are part of discussions that have an echo or origin in other latitudes. In this sense, the authors go to sources such as international doctrine and legislation to complement and/or contrast it with the national and in doing so they socialize their work in much broader contexts, that is, they introduce it into a conversation that transcends the limits of the national. In the first article Muñoz addresses both the legal and political tension between two State powers –legislative (Congress of the Republic) and judicial (Constitutional Court)-, and the way in which such tension has been treated in practice in the constitutional States of law and especially

in Colombia. The article focuses on analyzing how the omissions of the legislator can affect constitutionally protected rights (unconstitutional legislative omission). Galindez's article tackles the discussion of legal pluralism and highlights the need to reflect and conceive space to engage in dialogue with difference, not only in cultural terms but ontological, from the coexistence of different normative bodies and whose recognition is key in contexts of wider decolonization -regional and global- of politics and law. Based on a comparative analysis between Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú and Venezuela, Castro asks if we should be concerned about the constitutional replacement that exists when a constitution "dies" to make way for another and what are the implications of these changes. The analysis is determined by the incidence of the bicameralism variable in those countries. These cycles show the socio-political and legal dynamism that does not occur in isolation in each country, but responds to situations both internal as well as provoked or influenced by contexts of regional and global transformations. On the other hand, Durango, Marin and Valencia present an analysis of the changes in the jurisprudential line regarding the conception of deliberative democracy, developed by the Constitutional Court from 1991 to date. The authors identify a change that goes from the absence of the foundation, where the deliberation was associated with the discussion and debate and identify a turn in 1997, when the Court introduced deliberative principles such as: advertising, identity, consecutiveness, rights of minorities, democratic participation, among others. Within these processes of mutual constitution between the local and the global Dussán analyzes, through the study of the security policy of the governments of Santos and Uribe, the role of the media, not only as passive mediators of information, but as opinion makers and as governments have been increasing this resource in foreign policy and public diplomacy. Uribe and Gómez offer a necessary reflection on the concepts of "marriage", "family" and "sexuality" from the analysis of doctrinal discourse and family law in Colombia. From a critical approach to naturalist or biologist pretensions, the authors offer an alternative conception that bets on an 'institutional thesis', according to which, in no case can sexual, and marital unions be valued as an unnatural act by law. This discussion and legal, political, economic, religious and social concern not only takes place in the country but in other parts of the world.

The case of the testimony figure in the Trial for Truth in Mar del Plata (2001) is at first glance a specific and local study; however, Di Meglio's analysis regarding the use of the right to the word as a modality of trials in different Argentine cities serves as a showcase for general learning in a post-conflict context, where one of the broader aims and purposes is the reconstruction of the truth. The author maintains that this is an alternative form of preparation offered by law and justice because it recognizes a place for victim-witnesses. This article finds an echo in Arrieta, who analyzes the difficulties and advantages of approaching the truth in judicial processes. Among the latter mentioned the right to be informed of the status of the process, to make an active contribution to it, and even to know what has happened, an aspect that is linked to respect for dignity.

The text by Zapata et. al. addresses critically the study and analysis of the group debtors life insurance contract. The contribution of the document not only has to do with the fact that the use of these contracts has become widespread, but it is a mandatory reading text for law students, litigators or academics as well as for any person who signs such contracts in general, more even now that we live in risk societies (Beck, 1998). Finally, the article by G. Zapata deals with points of contact between coexistence and citizenship, where the focus on Restorative Justice –key as an alternative to the vertical structure of the punitive framework prevailing in educational institutions-, is related to the imperative need to have a coherent pedagogy with integrating and reflective visions, that is, a critical pedagogy.

I cannot finish this editorial without making special reference to the photographs on the cover and back cover of Ricardo Castro Cano, a law student of the Faculty. The journal is committed to the publication and dissemination of high quality texts; nonetheless, as part of the critical spirit of the Faculty, it supports other ways of knowing and transmitting knowledge. Through his photographs, Ricardo transports us to the harsh daily reality of the inhabitants of Altavista neighborhood. As he himself puts it:

“When taking these photographs I felt disappointment of myself; I did not understand how it was possible that after having lived 20 years in Medellín, just a few months ago I knew a reality so complex and so close. I only can invite them to go out and get to know the environment that surrounds them; understand what happens on the other side of your city, on the other side of your country and, in this way, allow empathy to be born on you. The value that is often explained with “putting yourself in the shoes of the other”, so as not to judge him, however different, and all because I lived with him and understand what he has gone through. I end by saying that the day we know each other’s reality and interact with our fellow citizen, that day we will have an identity and the noxious evil of indifference will disappear.”

Each photograph tells a story and they all form a fabric of stories whose order and selection obey the photographer’s intention to convey knowledge, emotions and meaningful messages that are not only limited to Altavista neighborhood, but are part of problems by which all, as humans, are affected and concerned about.

References:

- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós
- Luker, K. (2008). *Salsa Dancing into the Social Sciences. Research in an Age of Info-glut*. London: Harvard University Press

Editorial

Amaya Querejazu Escobari

Vivemos agora em uma era de excesso de informação. A globalização condicionou não só a forma como acessamos a essa informação e ao conhecimento, mas também a forma como eles são produzidos e como pesquisamos. A este respeito é possível identificar pelo menos dois cenários: por um lado, tal excesso torna impossível cobrir todos os avanços ou estar totalmente a par com as discussões, autores e produção em temas específicos. Os processos investigativos mais sérios e exaustivos precisam ceder diante da realidade de que é impossível cobrir tudo o que tem sido dito ou escrito sobre um fenômeno e temática específica. Isto propicia outra realidade que tem a ver com que a produção do conhecimento se torna cada vez mais especializada, focada e pontual, de modo a poder “cobrir” pelo menos metodologicamente, interesses mais pontuais de fenômenos, problemáticas e debates que estão em grande parte globalizados. Isto incide no fracionamento, compartimentação e a especialização e localização do conhecimento. Se a isto acrescentarmos as reviravoltas críticas nas ciências sociais que reivindicam os conhecimentos situados e a impossibilidade de produzir “verdades”, metateorias ou conhecimentos universais ou universalizáveis entenderemos que o trabalho acadêmico de contribuir para o debate e a crítica também se torna complexo (ver Luker, 2008). Estas duas realidades evidenciam a inter-relação entre o local e o global: questões que aparentemente são muito concretas e específicas pelo assunto que tratam ou o seu objeto de estudo, podem se inserir perfeitamente em contextos causados ou condicionados pela globalização e, por sua vez, a globalização condiciona os questionamentos que nos fazem indagar sobre repercussões concretas de determinados fenômenos.

Todos os artigos deste número da revista formam parte dessa conversa entre o local/específico e o global. Embora alguns deles estejam focados no ordenamento ou contexto colombiano, formam parte de discussões que têm eco ou origem em outras latitudes. Nesse sentido, os autores recorrem a fontes como a doutrina e legislação internacional para complementar e/ou contrastar com o contexto nacional e ao fazê-lo, socializam o seu trabalho em contextos muito mais amplos, isto é, a introduzem em uma conversa que transcende os limites do nacional. No primeiro artigo, Muñoz aborda a tensão jurídica e política entre dois poderes do estado -legislativo (Congresso

da República) e judicial (Corte Constitucional)-, e a maneira como tem se tratado essa tensão na prática nos estados constitucionais de direito e particularmente na Colômbia. O artigo foca-se em analisar como as omissões do legislador podem afetar direitos constitucionalmente protegidos (omissão legislativa inconstitucional). O artigo de Galindez aborda a discussão do pluralismo jurídico e salienta a necessidade de refletir e criar espaços para iniciar diálogos com a diferença, não só em termos culturais, mas ontológicos, a partir da coexistência de diferentes corpos normativos e cujo reconhecimento é essencial em contextos de descolonização mais amplos -regionais e globais- da política e do direito. A partir de uma análise comparativa entre a Bolívia, a Colômbia, o Equador, o Peru e a Venezuela, Castro pergunta se deveríamos ficar preocupados com a substituição constitucional que existe quando “morre” uma constituição para dar lugar a outra e quais são as implicações destas mudanças. A análise está determinada pela incidência que tem a variável do bicameralismo em tais países. Estes ciclos mostram o dinamismo sociopolítico e do direito que não acontece de maneira isolada em cada país, mas que responde a situações tanto internas como também provocadas ou influenciadas por contextos de transformação regionais e globais. Por sua vez, Durango, Marin e Valencia apresentam uma análise das mudanças na linha jurisprudencial a respeito da concepção da democracia deliberativa, desenvolvida pela Corte Constitucional desde 1991 até agora. Os autores identificam uma mudança que vai desde a ausência da fundamentação, onde se associava a deliberação com a discussão e debate e identificam uma reviravolta em 1997, quando a Corte introduziu princípios deliberativos como: publicidade, identidade, consecutividade, direitos das minorias, participação democrática, entre outros. Dentro desses processos de mútua constituição entre o global e o local Dussán analisa, através do estudo da política de segurança dos governos de Santos e Uribe, o papel da mídia, não só como mediadora passiva da informação, mas como formadora de opinião e de que maneira os governos têm aumentado este recurso em matéria de política exterior e diplomacia pública. Uribe e Gómez oferecem uma necessária reflexão sobre os conceitos de “casamento”, “família” e “sexualidade” desde a análise do discurso doutrinário e do direito de família na Colômbia. Desde uma aproximação crítica das pretensões naturalistas ou biologistas, os autores oferecem uma concepção alternativa que aposta em uma “tese institucional”, segundo a qual, as uniões sexuais e conjugais em nenhum caso podem ser consideradas como um ato contranatural pelo direito. Esta discussão e preocupação jurídica, política, econômica, religiosa e social não só tem lugar neste país, mas também em outros lugares do mundo.

O caso da figura do depoimento no Julgamento pela Verdade em Mar del Plata (2001) é à primeira vista um estudo específico e também local, no entanto a análise de Di Meglio sobre o uso do direito à palavra como modalidade de julgamentos em diferentes cidades argentinas serve de vitrine para grandes aprendizados em um contexto de pós-conflito, onde um dos objetivos e propósitos mais amplos é o da reconstrução da verdade. A autora sustenta que esta é uma forma alternativa de reparação oferecida pelo direito e a justiça porque reconhece um lugar aos testemunhas-vítima. Este artigo tem eco no de Arrieta, quem analisa as dificuldades e vantagens de aproximar-se da

verdade em processos judiciais. Dentro das últimas menciona o direito a ser informado do estado do processo, a fazer uma contribuição ativa nele e, inclusive, a conhecer o que tem acontecido, aspecto que está ligado ao respeito à dignidade.

O texto de Zapata et. al. aborda de maneira crítica o estudo e a análise do contrato de seguro de vida grupo clientes. A contribuição do documento não só tem a ver com que o uso desses contratos tem se generalizado, mas também que ele é um texto-guia de leitura obrigatória tanto para estudantes de direito, litigantes ou acadêmicos, quanto para qualquer pessoa que celebre tais contratos em geral, ainda mais agora que vivemos em sociedades de risco (Beck, 1998). Finalmente, o artigo de G. Zapata ocupa-se em analisar pontos de encontro entre convivência e cidadania, onde o enfoque da Justiça Restaurativa -essencial como alternativa à estrutura de verticalidade do quadro do punitivo imperante em instituições educativas-, relaciona-se com a necessidade imperiosa de contar com uma pedagogia coerente com visões integradoras e reflexivas, ou seja, uma pedagogia crítica.

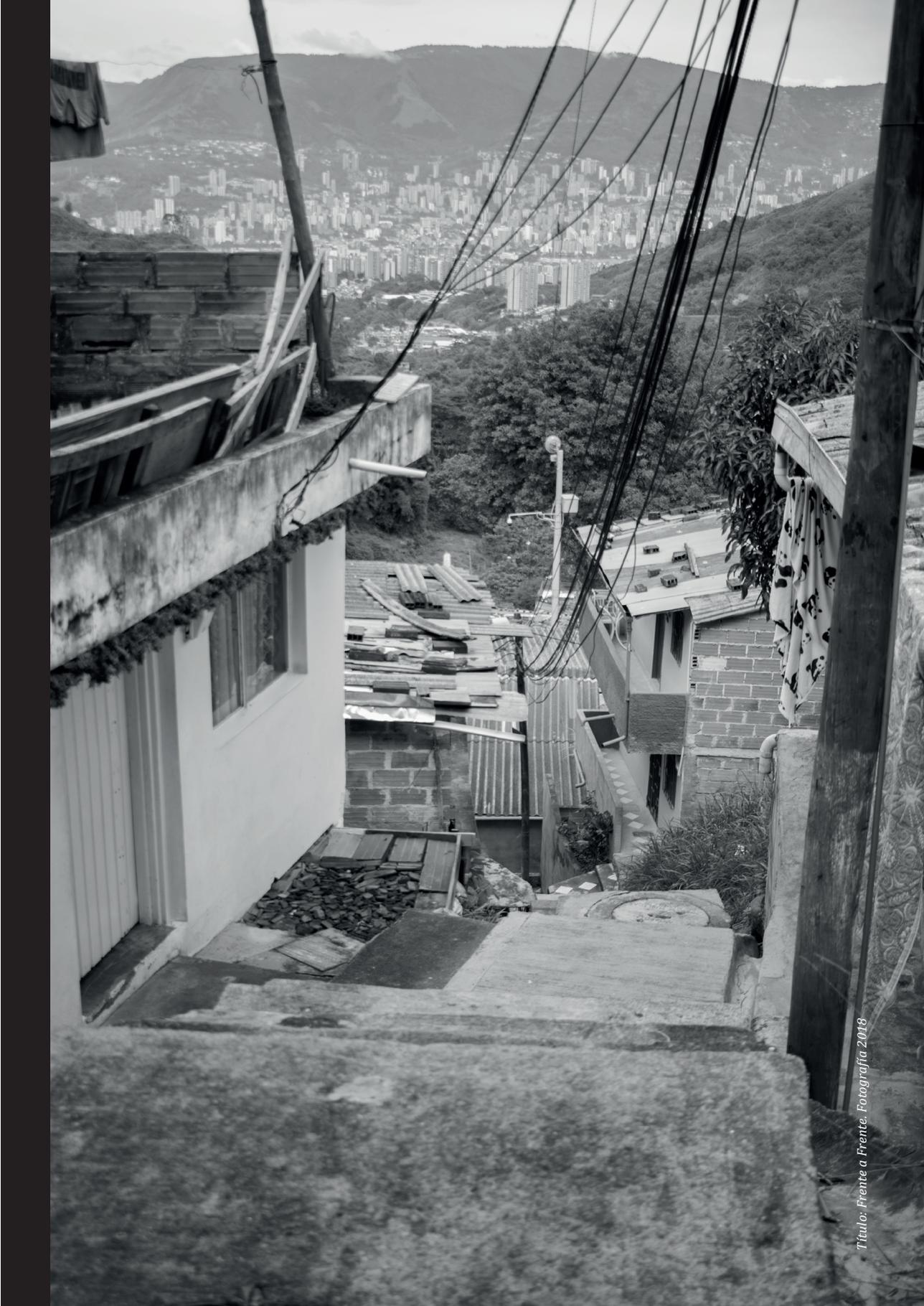
Não posso terminar este editorial sem fazer referência especial às fotografias das capas de Ricardo Castro Cano, estudante de direito da Faculdade. A revista está comprometida com a publicação e divulgação de textos de alta qualidade, porém, como parte do espírito crítico da Faculdade, apoia outras formas de conhecer e de transmitir conhecimento. Por meio das suas fotografias, Ricardo nos transporta à dura realidade cotidiana dos habitantes de Altavista. Como ele mesmo expressa:

“Ao tirar estas fotografias senti decepção de mim mesmo; não compreendia como era possível que, depois de morar 20 anos em Medellín, apenas faz uns meses conhecesse uma realidade tão complexa e tão próxima. Só me resta convidá-los a conhecer o entorno que os rodeia; a compreender o que acontece ao outro lado da sua cidade, ao outro lado do seu país e, dessa forma, permitir que nasça em vocês a empatia. O valor que muitas vezes é explicado com a expressão: “calçar o sapato alheio” para não o julgar, por mais diferente que ele seja, e tudo porque convivi com ele e compreendo o que tem vivido. Finalizo dizendo que o dia em que conhecermos a realidade do outro e interagirmos com os conterrâneos, esse dia teremos identidade e o tão daninho mal da indiferença poderá desaparecer.”

Cada fotografia conta uma história e todas formam um tecido de histórias cuja ordem e seleção obedecem à intenção do fotógrafo de transmitir-nos conhecimentos, emoções e mensagens importantes que não só se limitam a Altavista, mas que formam parte de problemáticas que a todos, como humanos, nos afetam e nos dizem respeito.

Referências:

- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós
- Luker, K. (2008). *Salsa Dancing into the Social Sciences. Research in an Age of Info-glut*. London: Harvard University Press



Titulo: Frente a Frente. Fotografia 2018

Los efectos de la justicia constitucional frente los silencios del legislador y de la ley en Colombia*

Carlos Daniel Muñoz Chamorro**

Resumen

Este texto tiene como propósito principal el estudio de la omisión legislativa inconstitucional, donde se enfrenta, por un lado, la facultad del Tribunal Constitucional para ejercer fiscalización de las leyes emitidas por el legislador, y por el otro, la libertad de configuración legislativa de la cual es titular el órgano encargado de expedir las leyes. Para este estudio partiremos de la doctrina internacional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, analizándolas de manera conjunta para identificar las coincidencias, diferencias, definiciones, métodos y soluciones propuestas a esta problemática constitucional.

Palabras clave: omisión legislativa inconstitucional; inconstitucionalidad por omisión legislativa; omisión legislativa absoluta; omisión legislativa relativa; silencio de la ley; silencio del legislador.

The effects of constitutional justice against the silence of the legislator and of the law in Colombia

Abstract

This text has as its main purpose the study of the unconstitutional legislative omission, wherever there is a confrontation between, on the one hand, the faculty of the Constitutional Court to exercise control of the laws issued by the legislator, and on the other hand, the Congress' freedom of legislative configuration. For this study we depart from the international doctrine and the jurisprudence of Constitutional Court of Colombia, analyzing them together to identify the coincidences, differences, definitions, methods as well as solutions proposed to this constitutional matter.

Keywords: unconstitutional legislative omission; unconstitutionality due to legislative omission; absolute legislative omission; relative legislative omission; silence of the law; silence of the legislator.

Os efeitos da justiça constitucional diante dos silêncios do legislador e da lei na Colômbia

Resumo

Este texto tem como principal fim o estudo da omissão legislativa inconstitucional, onde se enfrentam, por um lado, a facultade do Tribunal Constitucional para exercer a fiscalização das leis emitidas pelo legislador, e por outro, a liberdade de configuração legislativa da qual é titular o órgão encarregado de emitir as leis. Para este estudo partiremos da doutrina internacional e a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, analisando-as de maneira conjunta para identificar as coincidências, diferenças, definições, métodos e soluções propostas para esta problemática constitucional.

Palavras-chave: omissão legislativa inconstitucional; inconstitucionalidade por omissão legislativa; omissão legislativa absoluta; omissão legislativa relativa; silêncio da lei; silêncio do legislador.

* Artículo científico producto del informe final del proyecto de investigación: *La justicia constitucional y las omisiones legislativas en Colombia frente al panorama internacional*, presentado y desarrollado por el citado autor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, programa de Derecho acreditado en alta calidad por el Ministerio de Educación Nacional de Colombia.

** Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, cursante de Master en Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, España. Abogado litigante, docente de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Público del programa de Derecho de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: dannielm1991@gmail.com.

Los efectos de la justicia constitucional frente los silencios del legislador y de la ley en Colombia

Introducción

Los actuales Estados Constitucionales de Derecho cuentan con una organización democrática, cuyo mayor logro social es haber desarrollado una Carta Superior de derechos y mecanismos constitucionales para su protección. Asimismo, por regla general estos países democráticos han optado por una organización de poder dividida entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial. El Estado colombiano hace parte de esta conceptualización, puesto que su Constitución dogmática enlista una serie de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que pueden ser protegidos a través de sendos mecanismos constitucionales; y de igual forma, su Constitución orgánica ha implementado la democracia como sistema político de gobierno y diseñado una organización del poder público en sus tres ramas.

En lo que concierne a este proyecto haremos referencia a una de las funciones específicas del Congreso y la Corte Constitucional, según las cuales al primero de ellos le corresponde crear las leyes (artículo 150 CN), mientras que a la segunda le incumbe guardar la integridad y la supremacía de la Constitución de 1991 (artículo 241 CN). Estos dos encargos entregados a órganos fundamentales dentro del Estado aparentemente son compatibles entre sí, sin embargo, en la práctica crean una tensión jurídica y política que corresponde a la academia analizarla y proponer soluciones innovadoras desde la óptica del derecho constitucional moderno.

El control constitucional que trataremos aquí, no se basará en el control constitucional general según el cual la Corte ejerce control abstracto sobre las leyes (acciones) del Congreso. Buscaremos adentrarnos en el mundo jurídico del control jurisdiccional de la Corte frente a las omisiones del legislador cuando estas resultan en infracciones de derechos constitucionalmente protegidos. Esto ocurre cuando el que legisla no expide una ley estando en deber de hacerlo, o la expidió de manera incompleta.

En Colombia, la Corte Constitucional ha utilizado la figura de la omisión legislativa inconstitucional para controlar la libertad de configuración del legislador, su desarrollo ha llegado hasta tal punto que en algunos casos ha actuado como legislador positivo mediante sentencias aditivas o integradoras que pretenden brindar completitud a la disposición demandada, sin llegar a expulsar la norma del ordenamiento jurídico.

La argumentación de este trabajo buscará determinar el tratamiento que la omisión legislativa inconstitucional ha tenido por parte de la justicia constitucional colombiana frente al panorama internacional. Para lograr ese objetivo abordaremos en este texto tres capítulos que permitirán al lector la fácil comprensión del objeto desarrollado: en primera medida, realizaremos el análisis contextual y conceptual de la omisión legislativa inconstitucional en la doctrina y en la jurisprudencia internacional; posteriormente analizaremos los pronunciamientos judiciales más importantes en los que la Corte Constitucional de Colombia trató el tema de la omisión legislativa inconstitucional, clasificando dichas providencias de acuerdo a su correspondencia con los parámetros internacionales. Finalmente estableceremos unas conclusiones derivadas del desarrollo del texto.

La metodología de la presente investigación será desarrollada bajo los siguientes postulados: (i) El método utilizado es el denominado método hermenéutico-interpretativo, puesto que nos encargamos de comprender, clarificar e interpretar el fondo de un fenómeno jurídico complejo a través de la percepción y confrontación de contenidos doctrinales y jurisprudenciales. (ii) El paradigma con el cual se abordará el texto, será el llamado histórico hermenéutico, ya que estudiaremos la omisión legislativa inconstitucional como proceso cambiante del derecho, mediante el cual su interpretación progresiva regula las relaciones actuales de la convivencia humana. (iii) Este proyecto está focalizado desde el ámbito cualitativo. (iv) El escenario de recolección de información es documental ya que recogimos bibliografía doctrinal y jurisprudencial para lograr un análisis sistemático acerca de la teoría de la omisión legislativa inconstitucional. (iv) Como técnica de revisión de información se utilizó la elaboración de fichas doctrinales y jurisprudenciales de los documentos relevantes y pertinentes para el desarrollo del objeto de la investigación.

1. Omisión legislativa inconstitucional: análisis contextual y conceptual

El recorrido analítico del concepto de la omisión legislativa inconstitucional merece, por su compleja estructura, dividirse en dos apartados: en el primero de ellos estudiaremos el contexto de su funcionamiento y en el segundo nos acercaremos al estudio conceptual del instituto.

1. La omisión legislativa inconstitucional –análisis contextual

Los Estados Constitucionales de Derecho del mundo moderno, neoconstitucionales si se quiere, contemplan en su apartado constitucional dogmático una serie de mandatos con una vocación de omnipresencia en todas las áreas del derecho; a su vez, por la misma naturaleza neoconstitucional se han erigido mecanismos y procedimientos judiciales que pueden ser accionados para hacerlos efectivos (Prieto, 2003). Por otra parte, la Carta Superior también contiene un apartado orgánico que diseña normas relacionadas con la organización y la trasmisión del poder. Tal capítulo se caracteriza por el establecimiento de la modalidad política, la transmisión del poder y la organización de las ramas de la administración del estado, que por regla general se dividen el legislativa, ejecutiva y judicial siguiendo la teoría de la división de poderes de Montesquieu (1748).

Más allá de la aparente simplicidad del contenido de estas apreciaciones, la práctica jurídica tiene muchos más matices dimensionales de los que pretende. Así las cosas, nos ocuparemos de uno de ellos: la tensión constitucional actual entre las ramas legislativa y judicial de poder público, donde la segunda, según su función jurisdiccional de guardar la supremacía de la Constitución entra a fiscalizar las normas proferidas por la primera. En esta tensión se enfrenta el Tribunal Constitucional contra el Congreso, puesto que el órgano guardián de la Constitución se encarga de confrontar el texto superior con la norma de menor jerarquía expedida por el legislador ordinario, y si fuera el caso, tiene la facultad de expulsarla del ordenamiento jurídico. En otras palabras, el conflicto se centra en la oposición de un derecho constitucional del destinatario de la norma -que tiene que ser protegido por el Tribunal-, frente al ejercicio de la libertad de configuración legislativa del Congreso.

Teóricamente el control constitucional tiene un origen icónico en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos (1803) cuando el Juez John Marshall al momento de decidir el caso *Marbury* y otros *Vs. Madison* consagró los siguientes principios jurídicos: (i) la Constitución es una norma de carácter superior en comparación con las normas expedidas por el legislador y (ii) le corresponde al poder judicial ejercer ese control para salvaguardar la supremacía de la Constitución frente a las ramas legislativa y ejecutiva del poder público. En este caso, la Corte actuando, en palabras de Kelsen (2001), como legislador negativo decidió inaplicar una norma proferida por el legislador por considerarla inconstitucional.

Para que las funciones fiscalizadoras del Tribunal Constitucional queden cimentadas en los pilares de un estado constitucional democrático, se debe realizar un estudio detallado de la norma inferior mediante tres valoraciones que se expondrán a continuación: (i) valoración de la justicia, que apunta a la correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que contienen un determinado orden jurídico; (ii) valoración de su validez, que se vincula con la existencia de la

norma, es decir, que haya sido expedida y promulgada por el órgano competente y que se encuentre vigente; y (iii) la de su eficacia, que significa que el propósito de la norma sea cumplido en sus destinatarios (De Otto, 1997).

En este estado de cosas, vale la pena preguntarse: ¿los derechos únicamente se vulneran mediante una norma producto de una acción del legislador? La respuesta a este cuestionamiento es un enfático no, puesto que la experiencia constitucional ha demostrado que los derechos también se violan por las omisiones que incurre el legislador: bien sea porque existe falta de regulación de un determinado tema o porque la regulación existente en la materia resulta insuficiente o incompleta. La doctrina relacionada con este tema señala que la función del Tribunal Constitucional también debe ser controlar el incumplimiento del legislador de sus obligaciones de legislar sobre ciertas materias de forma clara, expresa y concluyente (Villaverde, 1997). Adicional a esto, según Fernández (1998) los mandatos, que para legislar tiene el Congreso, no necesariamente deben constar de forma expresa y tajante en la disposición constitucional, sino que puede derivarse de la misma estructura o formulación del texto. Más allá de lo mencionado, para Gómez Puente (1997) el deber de legislar puede incluso deducirse de los derechos consagrados en el texto constitucional. Lo que es preciso rescatar de los tres autores antes citados, es que lo que debe ser controlado no es el hecho en sí del silencio, sino sus consecuencias normativas, pues es ese mismo silencio el que está alterando el desarrollo de la Constitución.

En consecuencia con lo anterior, surge la siguiente cuestión: si bien la Corte Constitucional tiene parámetros, en cierta medida estandarizados, para evaluar si una norma da cumplimiento a la Constitución, entonces ¿qué medidas debemos aplicar al momento de valorar si una omisión del legislador es realmente vulneradora de derechos constitucionales? Para dar respuesta a esta pregunta podemos afirmar que, teniendo en cuenta los resultados fácticos que pueden ser infractores o no de la Constitución, ese hecho puede ser valorado como una acción, pues lo que se quiere es determinar si el que debería ser destinatario de la norma inexistente o incompleta está sufriendo materialmente unos resultados contrarios a lo que dicta la Carta Superior. Esta acción derivada de una omisión solo podrá ser evaluada bajo el primero de los presupuestos arriba explicados: la valoración de la justicia para verificar la correspondencia de dichos resultados de la omisión con los presupuestos dogmáticos constitucionales. Por sustracción de materia y de acuerdo a su naturaleza, las acciones derivadas de las omisiones no pueden ser valoradas de acuerdo a su validez o eficacia ya que no existe órgano de expedición legislativa o propósitos positivizados.

Como resultado de lo anterior, concluimos que en un Estado Constitucional de Derecho, el poder judicial tiene la facultad de ejercer restricciones legítimas sobre el poder legislativo, limitaciones que se basan en la fiscalización de las acciones u omisiones que vulneran las disposiciones dogmáticas estipuladas en la Constitución.

Las acciones deben ser valoradas de acuerdo a los conceptos de justicia, validez y eficacia, mientras que las omisiones, que pueden ser controladas por sus resultados materiales, únicamente podrán ser valoradas bajo el concepto de justicia.

2. La omisión legislativa inconstitucional –análisis conceptual

Para este acápite comenzaremos con un acercamiento al significado enunciativo de la frase omisión legislativa inconstitucional, donde por un lado tenemos el vocablo “omisión” con el adjetivo “legislativa”, y por el otro tenemos el término: “inconstitucional”. La palabra “omisión” está definida por el Diccionario de la Lengua Española como: la abstención de hacer o decir; falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado (Real Academia Española, 2001). Elevando esta definición al campo jurídico podríamos afirmar que la omisión es una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva, en un no hacer; para lo cual es preciso que exista la orden de ejecutar un hecho determinado (Díaz, 1986). El adjetivo “legislativa” define que la omisión fue ocasionada por el órgano encargado de expedir las leyes, es decir, el legislador (Hernández, 2008). Por otra parte, el vocablo “inconstitucional” en el derecho moderno lo podríamos definir como la antinomia entre un acto y la Constitución (Capitant, 1986), resaltando que se han de estimar como inconstitucionales todos los actos, leyes, decretos o resoluciones que se aparten o contradigan las disposiciones de la norma suprema (Osorio, 1992).

En ese orden de ideas, la omisión legislativa inconstitucional puede ser definida como la falta de desarrollo por parte del poder legislativo de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide la eficaz aplicación de la Constitución (Fernández, 1998). En el mismo sentido, Víctor Bazán (2014) ha conceptualizado la omisión legislativa inconstitucional como la falta o insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el poder ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que aquella omisión total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución.

Una vez aclarado el concepto y definición de la omisión legislativa inconstitucional, procederemos a exponer las clasificaciones de la entidad abordándolas a través de la doctrina y la jurisprudencia.

2.1 Tipología de Franz Wessel

Para adentrarnos en las categorizaciones de las omisiones legislativas inconstitucionales, en primera medida nos referiremos al planteamiento de la tipología

que realizó el juez del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Franz Wessel, quien diferenció entre las omisiones legislativas absolutas (o totales) y relativas (o parciales) (1952). Esta distinción ha sido hasta la actualidad uno de los aportes más importantes y trascendentes dentro del desarrollo de la figura, pues de ahí se desprende su tratamiento y consecuencias jurídicas.

Las omisiones legislativas absolutas (o totales). Se caracterizan por la ausencia total de norma que debería ser expedida conforme a un encargo que realiza la Constitución al legislador; por esto podríamos aseverar que se trata de un “silencio del legislador”. La referencia a un mandato constitucional de legislar implica que el legislador carece de libertad en cuanto a la determinación de la necesidad del desarrollo legislativo, pues el mandato contiene una orden o exigencia relativa a la aprobación de una norma. Para Wessel las omisiones legislativas absolutas no se tratan de un asunto jurídico sino político, por lo tanto, no pueden ser fiscalizadas por el Tribunal Constitucional. Según Wessel, se necesita un texto para poder compararlo con la Constitución y en caso de las omisiones legislativas absolutas dicho texto no existe.

Por su parte, Jiménez (1998) manifiesta que hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben cierto contenido y los que prescriben expedir leyes futuras. Para este autor, los preceptos que prohíben un contenido tienen efectos jurídicos inmediatos, mientras que los enunciados que ordenan la expedición de una norma pueden ser cumplidos por el legislador independientemente del tiempo que se tarde, sin que dicha demora pueda ser fiscalizada por el Tribunal Constitucional; en concordancia con lo anterior, Kelsen (1979) afirma que si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas, puesto que las funciones del Tribunal Constitucional se centran en actuar como legislador negativo y para tal fin necesitan de un texto normativo positivizado.

Las omisiones legislativas relativas (o parciales). Se definen como el incumplimiento del legislador de expedir una norma constitucionalmente completa, donde dicha falta de completitud favorece a ciertos grupos y descarta a otros. Dicho de otro modo, este tipo de omisiones radica en el “silencio de la ley” puesto que la ley existe, pero no dice todo lo que constitucionalmente debería decir. En la jurisprudencia alemana este tipo de omisión es denominada “exclusión arbitraria de beneficio” y se causa cuando el legislador quebranta el derecho fundamental a la igualdad del grupo no favorecido con los efectos jurídicos de una norma (Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1969). Empero, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana afirma que en estos casos no solo el derecho a la igualdad se pone en juego, sino también el derecho al debido proceso y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (Sentencia C 545 de 2011), como se verá más adelante.

En la doctrina internacional, la omisión legislativa relativa ocurre cuando el legislador emite una norma deficiente a causa de la falta de completitud del texto, presentando un contenido menor al que está exigido constitucionalmente (Fernández Rodríguez, 1998). Para Wessel, en este tipo de omisión el estudio de constitucionalidad se dirige no contra la omisión, sino frente a una actuación positiva del legislador: la creación de la norma incompleta. En este supuesto, la acción constitucional podría conducir a la fiscalización de la actuación del legislador y a una adecuación forzosa de la norma por parte del Tribunal Constitucional.

Otras categorizaciones relevantes. Aunado a lo anterior, se han creado otras clasificaciones de la omisión legislativa inconstitucional que merecen ser mencionadas en este escrito a fin de ampliar el panorama sobre el tema.

Fernández Rodríguez (1998) ha diferenciado entre la omisión formal y la omisión material: la primera supone que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva acerca del encargo que ha recibido, el cual por definición precisa regulación de desarrollo; en la segunda, por su parte, la inactividad vulnera el principio de igualdad al olvidar a quien debería ser incluido en los grupos efectivamente regulados en esa ley. En la categorización de Fernández se podría afirmar que todas las omisiones materiales también son formales, ya que si una norma viola el derecho a la igualdad será siempre por culpa del legislador; pero no todas las omisiones formales son materiales ya que no toda inacción del legislador deriva una vulneración del derecho a la igualdad.

El Tribunal Constitucional Peruano (Expediente 05427-2009-PC-TC-2010) discierne entre omisión normativa inconstitucional directa y omisión normativa inconstitucional indirecta. Según esta diferenciación, la primera se produce cuando el legislador democrático no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena, y la segunda es aquella que se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de lo que ha sido desarrollado en una ley basada en la Constitución y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento adicional para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el texto superior. Vemos aquí que el Tribunal Constitucional de Perú hace esta distinción entre la omisión normativa inconstitucional directa, que en palabras de Wessel sería una omisión absoluta; sin embargo, la segunda clasificación denominada omisión normativa inconstitucional indirecta no hace referencia a la omisión relativa. El Tribunal de Perú va más allá, puesto que esta categoría aplica en casos de que haya una falta de reglamentación adicional a una ley orgánica ya vigente que desarrolla un mandato constitucional. En la sentencia citada se declaró probada la existencia de una omisión normativa inconstitucional indirecta, ordenando al legislador la creación de un reglamento especial que desarrolle una ley orgánica previa sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

3. La omisión legislativa inconstitucional en Colombia

A continuación, realizaremos un recorrido sobre la omisión legislativa inconstitucional en Colombia para comprender el alcance de la figura dentro de nuestro sistema legal. Empezaremos analizando la Acción Pública de Inconstitucionalidad como mecanismo idóneo para proteger derechos frente a la omisión legislativa inconstitucional; posteriormente compendiamos los requisitos de configuración y de procedencia de la figura en la doctrina internacional y en los pronunciamientos judiciales de la Corte Constitucional colombiana. Finalmente estudiaremos las técnicas jurisdiccionales planteadas por diferentes Tribunales Constitucionales y las aplicadas por nuestro Tribunal Supremo para solucionar estas omisiones.

3.1 La Acción Pública de Inconstitucionalidad como mecanismo idóneo

El marco jurídico de la Acción Pública de Inconstitucionalidad tiene sustento en el artículo 241 de la Carta Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) según el cual le corresponde a la Corte Constitucional guardar la integridad y supremacía de la Constitución. En desarrollo de esta función, la Corte tiene competencia para conocer y decidir las demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra de las leyes proferidas por el Congreso, a fin de que se garantice que dichas normas, que tienen un valor inferior a la Constitución, no infrinjan ni desconozcan los siempre superiores ordenamientos constitucionales (Younes, 2016). A su vez, esta facultad atribuida a la Corte subyace en el artículo 4 del mismo texto el cual señala que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

El sistema legal colombiano a diferencia de otros, como el portugués, el húngaro, el brasileño o el ecuatoriano, no cuenta con un mecanismo judicial expreso para reclamar ante la jurisdicción constitucional la protección de derechos fundamentales ocasionada por la omisión del legislador, empero, su estructura constitucional y judicial ha permitido ejercer la Acción Pública de Inconstitucionalidad como mecanismo idóneo para subsanar las omisiones legislativas en las que incurre el Congreso (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 956 de 1999).

Así las cosas, la omisión legislativa inconstitucional es una institución que apareció por primera vez en la jurisprudencia colombiana a través de la decisión de una Acción de Inconstitucionalidad en el año 1993, donde la Corte manifestó que los fines esenciales del Estado imponen al órgano legislativo el deber de llevar a cabo, en un plazo razonable las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del constituyente, de no hacerlo, se incurrirá en una inconstitucionalidad por omisión (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 081 de 1993).

La Corte Constitucional Colombiana, con relación a las omisiones absolutas, siguió la doctrina de Wessel admitiendo que el juez constitucional se encuentra impedido para ejercer el juicio de constitucionalidad sobre aquellas normas inexistentes. De la lectura de la motivación que tiene de la Corte para afirmar que no puede ejercer control jurisdiccional respecto a la omisiones absolutas, podemos destacar los siguientes puntos: (i) en caso de una omisión absoluta, no existe norma que pueda ser comparada con la Constitución, (ii) la Constitución no impone plazos perentorios para al legislador, (iii) si se llegaran a vulnerar derechos concretos de un individuo con una omisión legislativa absoluta, la Constitución consagra mecanismos expresos para proteger esos mandatos, (iv) en caso de que el poder judicial ordene al poder legislativo la implementación perentoria de una norma puede infringir su autonomía e independencia, (v) no existe un mecanismo judicial expreso para controlar las omisiones legislativas absolutas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 543 de 1996).

Para ejemplificar la omisión legislativa absoluta en Colombia, traemos a colación la orden consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política, según la cual le corresponde al legislador expedir el Estatuto del Trabajo. La norma no contempla un plazo perentorio en el que el Congreso deba realizar esta tarea, lo cierto es que hasta hoy han transcurrido más de 25 años de vigencia constitucional sin que se hayan realizado las labores necesarias para expedir el señalado Estatuto. El control constitucional al que fue sometida esta omisión legislativa absoluta resultó en la declaratoria de inhibición por parte de la Corte Constitucional, argumentando su incompetencia para resolver de fondo el asunto (Sentencia C 543 de 1996).

Respecto a las omisiones legislativas relativas, para la Corte, el legislador incurre en una omisión de esta naturaleza cuando regula una materia, pero deja por fuera supuestos análogos a los que fueron incluidos; o cuando dicha condición jurídica es incluida, pero resulta insuficiente o incompleta frente a situaciones que también han debido integrarse a sus presupuestos fácticos. La jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha seguido la doctrina de Wessel, señalando que es competente para ejercer el control judicial de este tipo de omisiones a través de las Acciones de Inconstitucionalidad y que para subsanarlas no existe necesidad de expulsar la norma del ordenamiento jurídico, más bien se debe interpretarla de manera tal que la violación de los derechos vulnerados sea suspendida mediante sus pronunciamientos judiciales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 496 de 2016). El desarrollo de este tipo de omisiones en Colombia y sus manifestaciones concretas las abordaremos en el siguiente subcapítulo.

3.2 Supuestos de configuración de una omisión legislativa relativa

En el campo de la doctrina internacional, tenemos como uno de los principales representantes sobre la teorización de las omisiones legislativas inconstitucional-

les al autor Francisco Fernández Segado (2009), quien ha señalado que se deben cumplir los siguientes criterios a la hora de analizar la existencia de una omisión legislativa: (i) el primero de esos supuestos es el incumplimiento del legislador de un deber constitucional de legislar, (ii) el segundo de ellos es el transcurso de un período de tiempo razonable, (iii) el tercer presupuesto es que exista un efecto objetivo de violación de la Constitución.

Por su parte, en Colombia la jurisprudencia también ha construido ciertos criterios constitucionales a la hora de establecer los supuestos de existencia de las omisiones legislativas relativas: (i) cuando la norma favorece a ciertos sectores y perjudica a otros -un ejemplo claro de ello fue la exclusión de los organismos sindicales al momento de planear políticas públicas para el teletrabajo con el Ministerio de Trabajo (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 351 de 2013)-; (ii) o cuando el legislador excluye a un grupo de individuos expresa o tácitamente de los beneficios que la ley otorga a los demás -verbigracia la exclusión de la vocación sucesoria de los compañeros o compañeras permanentes de diferente o igual sexo, la cual era reconocida exclusivamente al cónyuge supérstite (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 238 de 2012)-; (iii) o cuando el legislador omite una condición o elemento esencial exigido para proteger derechos fundamentales -como la falta de regulación del término que tiene el juez para decidir un incidente de desacato de un fallo de tutela (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 367 de 2014)-.

Tabla 1

SENTENCIA	SUPUESTO DE CONFIGURACIÓN	SECTOR, GRUPO O CONDICIÓN	PLATAFORMA FÁCTICA
C 351 DE 2013	Exclusión de un sector de la población	Grupos sindicales	Exclusión en la planeación de políticas públicas en materia de teletrabajo
C 238 DE 2012	Exclusión de un grupo de individuos	Compañeros permanentes	Exclusión de la vocación sucesoral del compañero permanente supérstite
C 367 DE 2014	Omisión de una condición o elemento esencial	Término para resolver el incidente de desacato de un fallo de tutela	Desregulación y consecuente prolongación indeterminada en el tiempo al resolver un incidente de desacato de un fallo de tutela

Elaboración propia

Como se observa, la Corte Constitucional está alejada del contenido enunciativo y aplicativo sobre supuestos de configuración que propone Fernández

Segado, puesto que para el Tribunal su análisis sobre requisitos de configuración se centra en el tercer criterio de Fernández y lo desarrolla detalladamente con tres condiciones más. En ese entendido se configurará una omisión legislativa relativa cuando la norma contenga disposiciones que violen objetivamente la Constitución, mediante la exclusión de un sector o un grupo de individuos que por sus condiciones deban estar cobijados por los efectos jurídicos de la norma, o cuando omite un elemento exigido para que la regulación proteja derechos fundamentales. La Corte en este análisis le resta importancia al plazo razonable y al estudio de la orden constitucional expresa al legislador.

Siguiendo esta tarea de examinar la jurisprudencia encontramos que la Corte también ha esquematizado los requisitos de procedibilidad de las Acciones Públicas de Inconstitucionalidad para el control de las omisiones legislativas relativas. En ese orden de ideas, la Sentencia C 007 de 2017 (Corte Constitucional de Colombia) estableció que el actor debe cumplir con las siguientes exigencias a fin de que la Corte pueda analizar un cargo por omisión: (i) determinar la existencia de una norma respecto de la cual se pueda predicar el cargo, (ii) identificar la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma de aquellos casos o situaciones análogas, (iii) señalar la inexistencia de un principio de razón suficiente que justifica la exclusión, (iv) identificar la generación de una desigualdad negativa y (v) señalar la existencia de un deber específico impuesto al legislador. Además de los anteriores criterios, en la Sentencias C 371 de 2004 (Corte Constitucional de Colombia), se precisó que es menester también tener en cuenta: (i) si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta, o (ii) si se está ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas.

Vemos cómo la Corte retoma los postulados de Fernández, esta vez no para señalar los supuestos de configuración de la figura, sino para aclarar los requisitos de procedibilidad de la declaratoria de la misma. En ese orden de ideas podemos resumir que la Corte toma las premisas primera y tercera del citado autor, según las cuales, (i) existe un incumplimiento del deber de legislar y (iii) cuyo resultado produce una violación de la Constitución. Respecto a la primera premisa de Fernández, el Tribunal la comprende dentro del quinto requisito de procedibilidad (deber constitucional específico del legislador); y en relación con la tercera premisa de Fernández, la Corte amplía su campo de aplicación en el entendido que la violación objetiva de la Constitución se produce cuando se cumplen los requisitos de procedibilidad segundo, tercero y cuarto (exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma de casos o situaciones análogas, inexistencia de un principio de razón suficiente que justifica la exclusión, generación de una desigualdad negativa).

No encontramos en ninguno de los requisitos de procedibilidad establecidos por la Corte Constitucional la segunda premisa propuesta por Fernández relacionada al tiempo. En sus análisis sobre omisiones legislativas relativas, la Corte no considera necesario el estudio del factor tiempo para determinar la existencia

de una omisión, por lo tanto, contrario a lo que afirma Fernández, el juicio de inconstitucionalidad por omisión en Colombia no se traduce en un juicio sobre el tiempo en que debería ser subsanada la insuficiencia de la norma. El hecho de que el transcurso del tiempo no sea necesario para la procedibilidad de la acción, genera legitimidad a nuestro sistema constitucional pues lo que pretende es demostrar que los derechos fundamentales deben protegerse de manera inmediata, sin necesidad de esperar que transcurra determinado lapso.

Nuestra opinión coincide con el tratamiento que la Corte ha dado a la omisión legislativa relativa. Es jurídicamente acertado que el Máximo Tribunal constitucional logre, a falta de regulación expresa, detallar en su jurisprudencia los requisitos de configuración y los supuestos de procedencia de la demanda de una manera diferenciada; de tal modo que al momento de decidir una Acción Pública de Inconstitucionalidad cuente con los elementos objetivos necesarios para desarrollar un minucioso examen de fiscalización constitucional de las omisiones del legislador. Asimismo, consideramos importante destacar que es un gran avance el que el transcurso del tiempo no sea un parámetro determinante en la intervención del Tribunal, lo cual está acorde con los postulados de un Estado Constitucional de Derecho donde debe primar la protección inmediata y reforzada de los derechos dogmáticos.

4. Técnicas jurisdiccionales de solución

Los Tribunales constitucionales del mundo han implementado diferentes técnicas jurisdiccionales para limitar la libertad del legislador y a la vez subsanar el problema de las omisiones inconstitucionales (Fernández, 2009). Entre ellas vale destacar las desarrolladas por la jurisprudencia internacional que ha creado la categoría de las llamadas sentencias manipulativas y las sentencias de advertencia (Bazán, 2014). En nuestro criterio las técnicas jurisdiccionales que explicaremos a renglón seguido logran comprender todos los mecanismos que se usan hoy en día para enfrentar los silencios de la ley y los silencios del legislador:

1. **Sentencias manipulativas:** Este tipo de sentencias se caracterizan principalmente porque su efecto hace que la norma pase a expresar una disposición diferente a la que inicialmente contempló el legislador (Crisafulli, 1977). A su vez, existen dos tipos de sentencias manipulativas: las aditivas y las sustitutivas.
2. **Sentencias aditivas:** a este tipo de pronunciamientos se los identifica como aquellos en los que la Corte considera la inconstitucionalidad de la norma porque razona que la disposición tiene un alcance normativo menor

del que debería tener; pero mantiene su vigencia siempre que se entienda adicionado el contenido constitucional que la misma Corte considera que el legislador omitió. La parte resolutive de este tipo de sentencias determina cual debe ser la interpretación correcta de una ley para que se adecue a los mandatos constitucionales, estas sentencias suponen la interpretación de la ley con respecto a la Carta Superior. Un ejemplo de este tipo de pronunciamientos en la jurisprudencia internacional fue la Sentencia 190 de 1970 (Corte Constitucional de Italia), a través de la cual se adicionó la necesidad de la presencia de un abogado defensor del imputado en el interrogatorio realizado por el juez de conocimiento, en tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal si disponía la presencia del Ministerio Público, pero omitió la del jurista de confianza.

- 3. Sentencias sustitutivas:** son aquellos pronunciamientos que tienen lugar cuando la ley prevé algo, mientras que constitucionalmente, debería disponer otra cosa. Mediante las sentencias sustitutivas el Tribunal supone la inconstitucionalidad de una parte de la ley, pero no la expulsa del ordenamiento jurídico, sino que la reemplaza con una disposición que considere acorde a la norma de normas. De esta manera lo dispuesto en primera medida por el legislador queda sin efectos jurídicos y es sustituido por una regulación directa de la Corte. Para ejemplificar este tipo de sentencias tenemos la Sentencia 409 de 1989 (Tribunal Constitucional de Italia) mediante la cual el Tribunal declara la inconstitucionalidad del artículo 8, párrafo 2, de la Ley 772 del 15 de diciembre de 1972 (Normas de Reconocimiento de Objeciones de Conciencia) y sustituye los tiempos de condena del tipo penal, determinando que la pena mínima de dos años debe ser reemplazada por la pena de seis meses y la pena máxima de cuatro años debe ser cambiada por la pena de dos años. Esto, por cuanto debía mantenerse la pena menos gravosa contenida en el también vigente Código Penal Militar para la Paz por hechos considerados similares.
- 4. Sentencias de advertencia:** en estos casos el Tribunal Constitucional recurre a la técnica de recomendar, exhortar o apelar al legislador para que cumpla con su deber constitucional de legislar sobre un determinado tema o cambie el sentido de una norma. Estas sentencias contienen una auto restricción del activismo judicial puesto que la Corte no entra a modular o regular una norma directamente, prefiriendo hacer un llamado al legislador democrático para que se encargue de expedir una norma conforme a su obligación constitucional. En el panorama internacional, un conocido ejemplo es la Sentencia acaecida dentro del expediente 0010/2002 AI/TC (Tribunal Constitucional de Perú) mediante la cual la Corte exhortó al Congreso de la Republica para que, dentro de un plazo razonable, remplace la legislación a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua

con las disposiciones constitucionales vigentes. Como se observa, esta sentencia busca impulsar la actuación diligente del legislador para que regule un tema fundamental dentro del estado con el fin de proteger derechos constitucionales como la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y el debido proceso.

Después de este recorrido doctrinal y jurisprudencial, nos corresponde ahora estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia respecto a los tipos de soluciones utilizados por ella para enfrentar las omisiones legislativas inconstitucionales. Para tal fin abordaremos tres puntos o perspectivas que consideramos fundamentales para este análisis.

Primero: en Colombia, en casos de omisiones legislativas relativas los pronunciamientos de la Corte Constitucional se encuentran íntimamente ligados con las sentencias aditivas, que a pesar de no denominarlas de la misma manera, en el fondo corresponde a sus definiciones. El Tribunal Constitucional colombiano las llama sentencias de exequibilidad condicionada, que son las providencias que condicionan la exequibilidad de una norma a que se haga una interpretación integradora de la misma en concordancia con la Constitución. En ese orden de ideas, podemos afirmar que estas sentencias son aquellas que tienen como fin llenar los vacíos dejados por el legislador, ya que la norma no resulta inconstitucional por lo que regula sino por lo que no incluye dentro de su regulación. En estos casos el juez constitucional amplía la cobertura de la disposición a todo el universo de los sujetos que se encuentran en la misma situación de hecho, regulada en la norma (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 043 de 2003).

Han sido muchas las ocasiones en las que la Corte ha emitido este tipo de sentencias, a manera de ejemplo volvemos a traer a colación la Sentencia C 351 de 2013 que dispuso considerar exequible el artículo 3 de la Ley 1221 de 2008, en el entendido que extiende sus efectos jurídicos a los organismos sindicales, de tal manera que estos también podrán hacer parte en la planeación de las políticas públicas en materia de teletrabajo; en el mismo sentido retornamos a la Sentencia C 238 de 2012 mediante la cual se dispuso declarar exequible varios artículos del Código Civil que regulan la vocación sucesoral del cónyuge supérstite del causante, en el entendido que esa expresión “cónyuge” comprende también al compañero o compañera permanente de distinto o igual sexo; finalmente como ejemplo retomamos la Sentencia C 367 de 2014 a través de la cual se declaró exequible el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, con la condición de que el incidente de desacato allí previsto debe resolverse en el término establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, es decir, en el término perentorio de 10 días.

Tabla 2

Sentencia	Sector, grupo o condición	PLATAFORMA FÁCTICA	TÉCNICA JURISDICCIONAL DE SOLUCIÓN
C 351 DE 2013	Grupos sindicales	Exclusión en la planeación de políticas públicas en materia de teletrabajo	La norma es constitucional siempre que se entienda que los grupos sindicales también podrán hacer parte de la planeación de políticas públicas en materia de teletrabajo
C 238 DE 2012	Compañeros permanentes	Exclusión de la vocación sucesoral del compañero permanente supérstite	La norma es constitucional siempre que se entienda que los compañeros permanentes supérstites tienen los mismos derechos sucesorales que los cónyuges supérstites
C 367 DE 2014	Término para resolver el incidente de desacato de un fallo de tutela	Desregulación y consecuente prolongación indeterminada en el tiempo al resolver un incidente de desacato de un fallo de tutela	La norma es constitucional siempre que se entienda que el incidente de desacato debe ser resuelto en el mismo término que tiene el juez para decidir una acción de tutela

Fuente: Elaboración propia

Mediante la declaratoria de constitucionalidad condicionada a través de la interpretación integradora de la norma acusada con la Constitución, la Corte pretende proteger el principio de seguridad jurídica, evitando que la declaratoria de inexecutable cree nuevos vacíos legales. De igual forma, pretende proteger los derechos de las personas que ya estaban resguardados por la norma, como quiera que la declaratoria de inexecutable pusiera fin a un derecho ya garantizado; finalmente procura cumplir con su obligación de evitar que como resultado de un pronunciamiento de su seno se produzca una situación menos conforme a la Constitución.

Segundo: otro de los modelos asumidos por la Corte Constitucional para enfrentar las omisiones legislativas son las sentencias de advertencia. En específico, la Corte en varias ocasiones ha utilizado las sentencias exhortativas para poner en conocimiento del legislador la existencia del vacío que produce situaciones contrarias a la Constitución, con la finalidad de que este órgano proceda dentro de su competencia a proferir las leyes necesarias o modificar las existentes para remediar la situación (Celemín, 2016). La Corte Constitucional de Colombia afirma que con la modalidad de exhorto no pretende desbordar su competencia o invadir la órbita de actuación del Congreso; por el contrario, el Tribunal sugiere que este

mecanismo debe ser visto como una expresión de colaboración mutua de los poderes públicos para la realización de los fines del Estado (Sentencia C 473 de 1994).

Así, entre los ejemplos más representativos encontramos la Sentencia C 473 de 1994 donde la Corte Constitucional decidió exhortar al Congreso para que en un plazo razonable expida una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales que sea acorde con la Constitución. En un caso más reciente, esta vez ocurrido en el 2011, mediante la Sentencia C 283, la Corte exhortó al Congreso para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo. Un último ejemplo lo tomamos de la Sentencia C 026 de 2016 mediante la cual se exhortó al legislador para expedir una reglamentación sobre las visitas a las personas privadas de la libertad con algunas condiciones especiales.

Tercero: no se encuentra que el Tribunal Constitucional de Colombia haya hecho uso de las sentencias sustitutivas creadas por la jurisprudencia italiana, sin embargo, merece la pena recalcar la creación de un tipo de sentencias de corte intermedio entre las aditivas y las de advertencia. Estas providencias son las que si bien subsanan los efectos inconstitucionales de una norma, esta extensión no tiene efectos inmediatos sino diferidos en un lapso de tiempo. Dándole de esta forma la oportunidad al legislador ordinario que sea él quien aborde esa regulación de manera preferente. En caso de que el Congreso no expida dicha regulación en ese periodo, tendrá efecto material la interpretación condicionada realizada por la Corte.

El ejemplo más claro de estos pronunciamientos mixtos es la Sentencia C 577 de 2011 de 26 de julio de 2012 (Corte Constitucional de Colombia), donde se abordó el tema de las uniones de las parejas del mismo sexo. Por un lado, la Corte emitió una sentencia de advertencia, pues exhortó al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legislara de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo; y por otro lado, si el legislador ordinario no cumple con este requerimiento constitucional, el pronunciamiento se convierte en una sentencia aditiva puesto que la Corte autorizó que las parejas del mismo sexo puedan acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual. En efecto, en este caso el legislador no cumplió con su deber constitucional de legislar sobre el tema, dando pie a que el Tribunal Constitucional actúe como legislador positivo.

También podemos mencionar la Sentencia T 041 de 2017 de 1 de febrero de 2017 (Corte Constitucional de Colombia) donde se exhortó al Congreso para que en un plazo perentorio de dos años regule: las corridas de toros, las riñas de gallos, novilladas, corralejas y otros espectáculos señalados el artículo 7 de la Ley 84 de 1989. Tal regulación debe tener presente que estos eventos generan un déficit de protección constitucional hacia los animales. La Corte convierte este pronun-

ciamiento en una sentencia aditiva al momento de señalar que, si transcurrido el tiempo señalado aún no existiere la legislación correspondiente, entonces aquellos espectáculos pasarán a considerarse delitos de conformidad con el artículo 339B del Código Penal. A la fecha de presentación y publicación del presente texto aún no se ha tramitado dicha normatividad, sin embargo, se debe tener en cuenta que el plazo que tiene el Congreso aún no ha expirado.

Notamos por sus efectos, que en un Estado constitucional y democrático de derecho las sentencias mixtas son las más adecuadas para solucionar los problemas de vulneración de derechos causados por las omisiones legislativas inconstitucionales. Esto debido a que por un lado, la Corte le da la oportunidad en primera instancia al legislador ordinario para que cumpla con su obligación de expedir normas, lo cual legitima en mayor medida la regulación; y por otra parte, desde el inicio la Corte asegura su fin: el de proteger derechos fundamentales, ya que si el legislador hace caso omiso a su advertencia, entonces entra a fungir como legislador positivo.

Conclusiones

La omisión legislativa inconstitucional se define como la falta o insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por parte del legislador, y que aquella omisión total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución. Las omisiones se distinguen entre absolutas y relativas: según la primera tipología existe una falta de regulación normativa de un aspecto cualquiera de la realidad regulable que causa impactos constitucionalmente negativos; y según la segunda clasificación se da cuando el legislador emite una norma deficiente que ha excluido injustificadamente a un sector, un grupo de individuos o una condición, y esta exclusión arbitraria no efectiviza la adecuada materialización de los derechos constitucionales.

La jurisprudencia colombiana ha sido enfática en manifestar que no es competente para controlar omisiones absolutas por cuanto (i) en caso de una omisión absoluta no existe norma que pueda ser comparada con la Constitución, (ii) la Constitución no impone plazos perentorios para al legislador, (iii) si se llegaran a vulnerar derechos concretos de un individuo con una omisión legislativa absoluta, la Constitución consagra mecanismos expresos para proteger esos mandatos, (iv) en caso de que el poder judicial ordene al poder legislativo la implementación perentoria de una norma puede infringir su autonomía e independencia, (v) no existe un mecanismo judicial expreso para controlar las omisiones legislativas absolutas.

La doctrina señala como supuestos de configuración de una omisión legislativa inconstitucional los siguientes: (i) el incumplimiento de un deber constitucional de legislar; (ii) el transcurso de un período de tiempo razonable; (iii) el efecto objetivo de violación de la Constitución; por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que para que se configure una omisión legislativa relativa se requiere (i) que la ley favorezca a ciertos sectores y perjudique a otros; (ii) que la ley excluya expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; (iii) que al regular una institución, el legislador omita una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución.

La Corte ha esquematizado los requisitos de procedibilidad de las Acciones de Inconstitucionalidad para el control de las omisiones legislativas relativas, estableciendo que el actor debe cumplir con las siguientes exigencias a fin de que se pueda analizar un cargo por omisión: (i) determinar la existencia de una norma respecto de la cual se pueda predicar el cargo; (ii) identificar la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma de aquellos casos o situaciones análogas; (iii) señalar la inexistencia de un principio de razón suficiente que justifica la exclusión; (iv) identificar la generación de una desigualdad negativa; y (v) señalar la existencia de un deber específico impuesto al legislador; (vi) verificar si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta, o (vii) si se está más bien ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas.

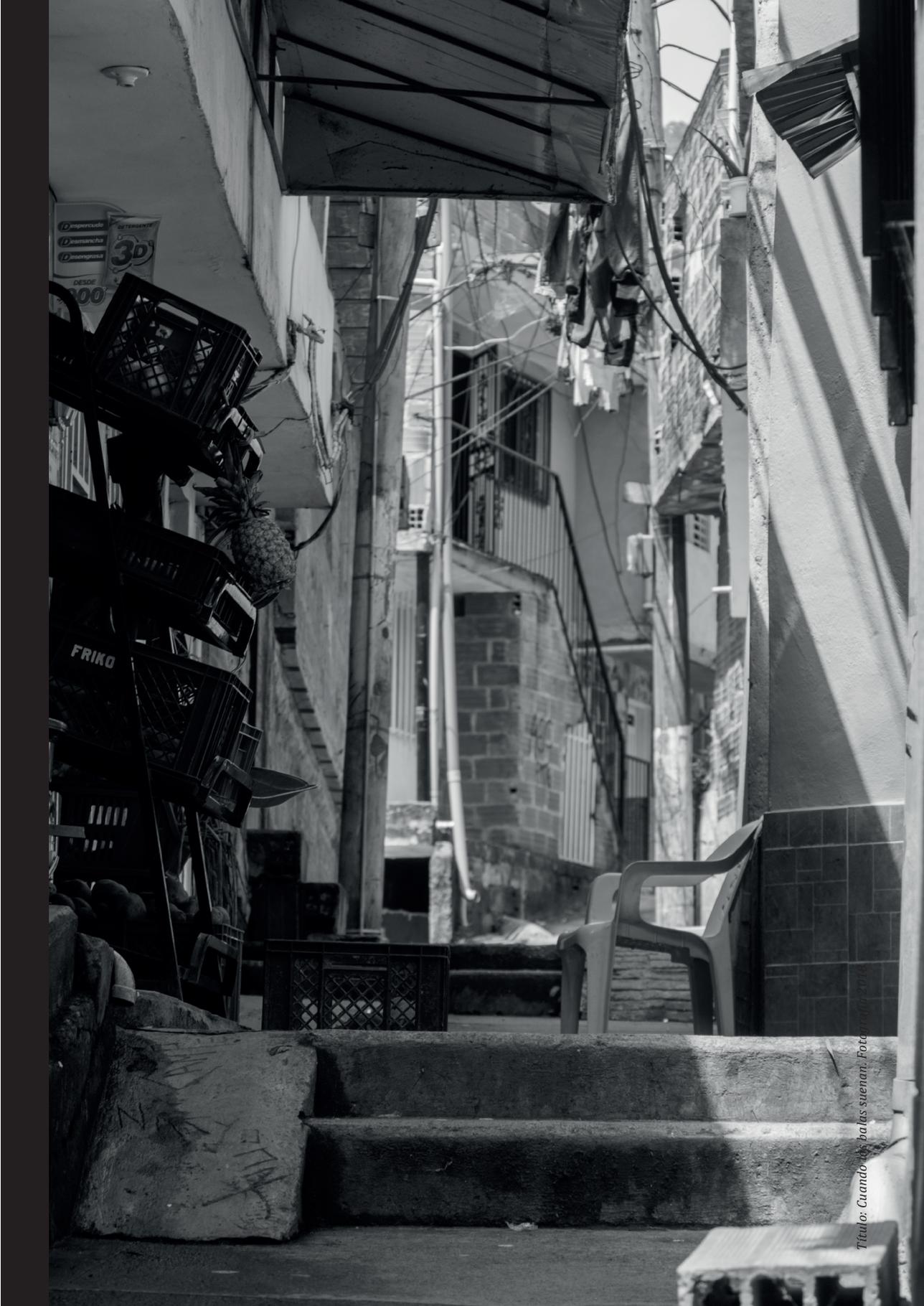
La jurisprudencia internacional para enfrentar las omisiones legislativas ha creado las llamadas sentencias manipulativas con sus diferentes variantes: aditiva y sustitutiva; asimismo ha creado una segunda categoría denominada sentencias de advertencia. La solución jurisdiccional usada en Colombia para subsanar las omisiones legislativas son las sentencias aditivas, que la Corte Constitucional las ha nombrado sentencias de exequibilidad condicionada. Por otro lado, no se encuentra que la Corte haya utilizado hasta ahora el método de sentencias sustitutivas, mientras que sí es muy usual encontrar sentencias de advertencia en la modalidad exhortativa.

Se identificó una tercera forma de la Corte Constitucional de Colombia para enfrentar las omisiones legislativas, son un tipo de sentencias de tajo intermedio entre las sentencias aditivas y de advertencia. Estas providencias son las que si bien subsanan los efectos inconstitucionales de una norma, esta extensión no tiene efectos inmediatos sino diferidos en un lapso de tiempo, dándole la oportunidad al legislador ordinario que sea él quien aborde esa regulación de manera preferente. En caso de que el Congreso no expida dicha regulación en ese periodo, entonces tendrá efectos materiales la interpretación condicionada realizada por la Corte. Por sus efectos, en un Estado constitucional y democrático de derecho estas sentencias mixtas son las más adecuadas para solucionar los problemas de vulneración de derechos causados por las omisiones legislativas inconstitucionales.

Referencias

- Alemania, Tribunal Constitucional Federal (15 de marzo de 1952), Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde [MP Franz Wessel], Berlín.
- Alemania, Tribunal Constitucional Federal (29 de enero de 1969), citado en Villaverde Menéndez, I. (1997). La inconstitucionalidad por omisión. Madrid, España: McGraw-Hill.
- Bazán, V. (2014). Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer.
- Capitant, H. (1986). Vocabulario jurídico. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Celemín, A. (2016). El exhorto al legislador. *Revista de Derecho Público*, Número 36. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.04>.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, (4 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 081 (1993).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 473 (1994).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 543 (1996).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 956 (1999).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 043 (2003).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 371 (2004).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 283 (2011).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 545 (2011).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 577 (2011).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 238 (2012).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 351 (2013).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 367 (2014).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 026 (2016).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 496 (2016).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 041 (2017).
- Corte Constitucional de Italia, Sentencia 409 (1989).
- Corte Constitucional de Italia, Sentencia 190 (1970).
- Crisafuli, V. (1977). Giustizia costituzionale e potere legislativo, Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale (Scritti in onore di Constantino Mortati), vol. 4. Roma, Italia: Università degli Studi di Roma I, Facoltà di Scienze Politiche.

- De Otto, I. (1991). Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Barcelona, España: Ariel.
- Díaz, M. (1986). Diccionario de Derecho Procesal Penal. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Estados Unidos, Corte Suprema (1 de febrero de 1803), Caso 5 U.S. 137 1803, Sentencia William Marbury Vs. James Madison [MP John Marshall].
- Fernández, J. (1998). La inconstitucionalidad por omisión. Madrid, España: Civitas.
- Fernández, F. (2009) El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios Constitucionales*, Año 7, Volumen 2, 13-69.
- Gómez, M. (1997). La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control. Madrid, España: McGraw-Hill.
- Hernández, L. (2008) La acción de inconstitucionalidad por omisión Legislativa en la Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la justicia Constitucional. *Revista Cuestiones Constitucionales UNAM*, Volumen 18, 1-26.
- Kelsen, H. (1979). Teoría General del Derecho y del Estado. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Kelsen, H. (2001). La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia Constitucional). Traducción de J. M. Ruiz Manero. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Montesquieu (1748). El espíritu de las leyes. Traducido por Peñalver Juan López. Madrid, España: Villalpando
- Osorio, M. (1992). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Perú, Tribunal Constitucional (3 de enero de 2003). Expediente 0010/2002 AI/TC.
- Perú, Tribunal Constitucional (30 de junio de 2010), Expediente 05427-2009-PC/TC.
- Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2591 (1991).
- Prieto, L. (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Real Academia Española (2001). Diccionario de la Lengua Española. Madrid, España: Espasa Calpe.
- Sagüés, N. (2009). Novedades sobre Inconstitucionalidad por Omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como Legislador Suplente y Precario. *Estudios Constitucionales*. Año 7, Volumen 2, 71-79.
- Villaverde, I. (1997). La inconstitucionalidad por omisión. Madrid, España: McGraw-Hill.
- Younes, D. (2016). Derecho constitucional colombiano. Bogotá DC., Colombia: Legis.



Título: Cuando las balas suenan. Foto: [unreadable]

Pluralismo jurídico intercultural: un análisis desde la ontología política en la comunidad indígena de San Lorenzo, Caldas*

Camilo Enrique Galíndez Narváez**

Resumen

Fundamentado en recientes aportes de la teoría socio-cultural, este trabajo explora las tensiones ontológicas que vinculan el proyecto de modernidad con actores culturalmente diversos como los pueblos originarios de Colombia, tratando de evidenciar la relación entre este conflicto social y las posibilidades de transitar hacia una convivencia horizontal entre sistemas jurídicos. Para ello, asumiendo como manifestación concreta de esta tensión, se concentra especialmente en la relación del derecho estatal y el derecho propio de la comunidad indígena de San Lorenzo, ubicada en el departamento de Caldas. De este análisis se concluye que a pesar de una gramática constitucional y legal progresista en materia de pluralismo jurídico, el desarrollo de un proyecto intercultural de complementariedad y reciprocidad entre sistemas de justicia, está delimitado por impulsos transformadores en el campo de lo social que revierta las jerarquías culturales que surgen del esquema de pensamiento moderno.

Palabras clave: pluralismo jurídico; interculturalidad; ontología política.

Intercultural legal pluralism: an analysis from the political ontology in the indigenous community of San Lorenzo, Caldas

Abstract

Based on recent contributions of socio-cultural theory, this paper explores the ontological tensions that link the modernity project with culturally diverse actors such as aboriginal communities of Colombia, trying to show the relationship between this social conflict and the possibilities of transformation towards a horizontal coexistence of legal systems. To do so, assuming as a concrete manifestation of this tension, it concentrates especially on the relation of the State legal system and the San Lorenzo indigenous community's legal system, located in the Caldas department. The approach to the community was initially achieved through the Qirisia Qawai program that belongs to the practice curriculum of the Faculty of Law and Political Sciences of Universidad de Antioquia. From this analysis, it is concluded that despite a progressive constitutional and legal grammar concerning legal pluralism, the development of an intercultural project of healthy coexistence is delimited by transformative impulses in the social field that reverses the cultural hierarchies that arise from the scheme of modern thought.

Keywords: legal pluralism; interculturality; political ontology.

Pluralismo jurídico intercultural: uma análise desde a ontologia política na comunidade indígena de San Lorenzo, Caldas

Resumo:

Baseado em recentes contribuições da teoria sócio-cultural, este artigo explora as tensões ontológicas que vinculam o projeto de modernidade com atores culturalmente diversos como os povos originários da Colômbia, tentando evidenciar a relação entre este conflito social e as possibilidades de transitar em direção a uma convivência entre sistemas jurídicos. Para isso, assumindo como manifestação concreta desta tensão, concentra-se especialmente na relação do direito estatal e o direito próprio da comunidade indígena de San Lorenzo, localizada no estado de Caldas. Conclui-se desta análise que apesar de uma gramática constitucional e legal progressistas em matéria de pluralismo jurídico, o desenvolvimento de um projeto intercultural de complementariedade e reciprocidade entre sistemas de justiça, está delimitado por impulsos transformadores no campo social que reverta as hierarquias culturais que surgem do esquema de pensamento moderno.

Palavras-chave: pluralismo jurídico; interculturalidade; ontologia política.

* Este artículo de investigación es producto del proyecto del mismo nombre que fue presentado en virtud de la *Convocatoria para proyectos de investigación derivados de la participación en alguna de las prácticas curriculares* ofrecidas a los estudiantes de pregrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia 2016, ofrecida por el Centro de Investigaciones de esta Facultad, entidad que financió su desarrollo. El investigador principal fue Camilo Enrique Galíndez Narváez. El proyecto finalizó en octubre de 2017.

** Egresado del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y miembro del Semillero de Sociología del Derecho y Teorías Jurídicas Críticas. Correo electrónico: camilogalindezn@gmail.com

Pluralismo jurídico intercultural: un análisis desde la ontología política en la comunidad indígena de San Lorenzo, Caldas

Introducción

En una sociedad como la colombiana, caracterizada por su heterogeneidad social y cultural, coexiste una multiplicidad de ordenamientos normativos que interactúan dentro de un mismo campo, el cual podemos denominar como campo jurídico. Esta diversidad normativa se refiere a las expresiones de derecho que tienen lugar en los extramuros del derecho estatal, cuyas lógicas y dinámicas propias impiden considerarlas como parte de un único ordenamiento jurídico. Entre estas expresiones se encuentran los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas. En ese sentido, tanto las expresiones jurídicas del Estado como aquellas de los pueblos indígenas son producto de procesos históricos disímiles, pues hacen parte de contextos políticos, sociales y culturales diferentes. Esto quiere decir que cada uno de ellos cristaliza una organización político-institucional reproductora de los más íntimos fundamentos de la organización social en que se instalan (Wolkmer, 2006).

Por una parte, el derecho estatal se nutre de los valores, principios, lógicas e intereses de la tradición histórica de la sociedad mayoritaria, la cual es heredera del paradigma hegemónico de la “modernidad eurocéntrica”¹. Entre los fundamentos de este paradigma, se encuentra una marcada alineación racional y lógico instrumental (Wolkmer, 2006), que se refiere a “*la orientación del pensamiento cognoscitivo hacia las ciencias físicas como un modelo de certidumbre y exactitud*” y la “*lucha contra toda metafísica, trascendentalismo e idealismo*” (Marcuse citado por Giroux, 1992, p. 9). Este canon ha llevado a que las culturas que no responden al modelo de certidumbre científica, hayan sido históricamente marginadas bajo la suposición de que sus esquemas de pensamiento son atrasados e irracionales.

Este paradigma de pensamiento está determinado por una forma particular de interpretación y construcción del mundo, caracterizada por una lógica dualista

1 Véase este concepto en los estudios del grupo Modernidad/Colonialidad/Decolonialidad en cabeza de autores como Enrique Dussel, Walter Dignolo, Santiago Castro Gómez, entre otros.

cartesiana (Latour, 1993; Ingold, 2000; Blaser, 2009; Escobar, 2012), lo cual indica que la modernidad ha constituido un esquema de entendimiento y explicación del mundo basándose en dualismos de tipo: naturaleza- cultura, humano-no humano, vivo-inerte, civilizado-no civilizado, etc. Por otra parte, existen múltiples órdenes de realidad que no responden a esta lógica dualista de la modernidad occidental, entre los que se encuentra la concepción ontológica del pueblo Êbêra Chamí del resguardo indígena de San Lorenzo, ubicado en el municipio de Riosucio, Caldas.

Del cúmulo de premisas binarias que configuran el pensamiento moderno, la separación de la naturaleza y la cultura ha sido el cimiento sobre el cual se han construido las diversas formas de concebir la alteridad a lo largo del desarrollo de las ciencias sociales, especialmente la antropología (Escobar, 2012). En razón a ello, se pretende evidenciar las implicaciones de este dualismo en la comprensión del pluralismo jurídico. Mientras la modernidad supone la existencia de una naturaleza única, con propiedades intrínsecas definidas por el pensamiento científico y aislada de los procesos de representación ligados a la cultura, en este trabajo se proponen referentes conceptuales que, desde la teoría socio-cultural, afirman la idea de multiplicidad de naturalezas (Viveiros de Castro, 1996) o mundos (Escobar, 2013), con lo cual se intenta no caer en las trampas modernas de interpretación de la otredad.

No obstante, estos esquemas de entendimiento, que dan lugar a mundos diversos, están ordenados jerárquicamente, ocupando la modernidad el lugar dominante y los mundos indígenas un lugar subordinado. Esto se puede explicar debido a los cúmulos de poder político, económico y epistémico, tal como se sugiere en este artículo, desde un plano ontológico por la operación efectiva del dualismo naturaleza-cultura.

En esa medida, este análisis del pluralismo jurídico examina los condicionamientos que el dualismo naturaleza-cultura supone para las relaciones horizontales, de reciprocidad y de complementariedad entre actores sociales plurales, quienes desarrollan sistemas jurídicos diferenciados, no tan centrado desde la eficacia del derecho estatal en un campo social complejo. Se evalúa específicamente el conflicto ontológico subyacente entre el Estado, como concreción del entendimiento hegemónico heredero de la modernidad y el esquema de entendimiento Êbêra Chamí. De esta forma, se podrá determinar en qué medida el estado actual del pluralismo jurídico responde a esta tensión y cómo condiciona su transformación hacia modelos de relación más equitativos entre dichos actores.

De acuerdo con esto, este artículo tiene como objetivos: i) Determinar las tensiones entre la concepción moderna e indígena de la comunidad de San Lorenzo, Caldas, frente a la relación naturaleza-cultura a partir de los presupuestos ontológicos propios de cada una de ellas. ii) Analizar las relaciones entre la ontología política y el derecho en la configuración del pluralismo jurídico en Colombia. iii)

Analizar las posibilidades de transformación del pluralismo jurídico de acuerdo al contraste entre el modelo actual y las propuestas de la interculturalidad en base a la diferencia ontológica.

La estructura del texto está ordenada de la siguiente forma: en primer lugar, se pretende una aproximación al concepto de ontología política desde la teoría socio-cultural, para posteriormente especificar las tensiones entre las ontologías propias de la modernidad frente a otras que están por fuera de ella. Después se sugerirá la relación entre la ontología política y lo jurídico, lo cual, en su conjunto, será la base para el desarrollo del siguiente capítulo. En el segundo capítulo se buscará dar cuenta sobre las múltiples concepciones ontológicas de la naturaleza. Por un lado, se analizará la configuración dualista de la modernidad, específicamente en lo que atañe al binario Naturaleza-Cultura y, por otro lado, se expondrá detalladamente de qué se trata la ontología relacional en la comunidad de San Lorenzo y sus relaciones con la ley de origen, para así determinar su modo particular de concebir la naturaleza. En el último capítulo se abordará el tema del pluralismo jurídico y examinarán las propuestas de la interculturalidad con el fin de determinar las posibilidades de transformación de las relaciones entre sistemas jurídicos plurales.

1. Ontologías políticas y derecho

1.1 Ontologías políticas, una mirada desde la teoría social

Tradicionalmente, la filosofía ha definido la ontología como el estudio de la esencia del ser, de lo real. En este trabajo utilizaremos una variante que nace dentro de la teoría social en cabeza de autores como Mario Blaser (2009) y Arturo Escobar (2012), la cual trata de visibilizar la noción de mundos diversos partiendo de la idea de que no hay una realidad subyacente única².

De acuerdo con esta vertiente teórica, la ontología cuenta con tres niveles:

Primero, ontología se refiere a aquellas premisas que los diversos grupos sociales mantienen sobre las entidades que realmente existen en el mundo. (...) El segundo nivel es que las ontologías se enactúan a

2 Advertimos que la crítica que propone la ontología política a la idea esencialista del ser y de la realidad que ha defendido la tradición filosófica predominante, no supone una negación del mundo objetivo como lo proponen visiones solipsistas de la realidad, a través de las cuales se cree que este se construye única y exclusivamente a través de la mente; sólo existe la propia interioridad, dirían. Contrario al caos y a la arbitrariedad que causa la idea de que no exista una realidad objetiva externa a los procesos mentales que la constituyen, lo que pretendemos resaltar es el hecho de que nuestras construcciones de mundo están determinadas por nuestra propia historicidad, y por lo tanto no son universales (Maturana, 2003).

través de prácticas; es decir, no solamente existen como imaginarias, ideas, o discursos o lo que se quiera, sino que son corporizadas en prácticas. Estas prácticas crean verdaderos mundos —de aquí que a veces los conceptos de mundo y ontología se usen de forma equivalente. (...) Tercero, las ontologías se manifiestan en historias (o narrativas) que permiten entender con mayor facilidad las premisas sobre qué tipo de entidades y relaciones conforman el mundo. Este último nivel está ampliamente corroborado por la literatura etnográfica sobre mitos y rituales de creación, por ejemplo (Escobar, 2012, s.p.).

Este último nivel acude a una dimensión cosmológica y es crucial para entender las relaciones entre los “mitos” fundacionales de las comunidades indígenas, condensados en lo que se denomina como “ley de origen”, o como prefieren llamarlo “memorias de origen” (Mauricio Gañan, conversación personal, marzo de 2016), y su derecho propio. Puede entonces rastrearse toda una constelación de relatos, ideas, opiniones y valores que constituyen una gran narración que determina, para cada grupo cultural, su modelo de relaciones más determinante, su sentido preponderante de la vida, y que da lugar a un modo particular de abordar la realidad circundante. En cierto grado, estas narraciones orientan la forma de organización y regulación social que una u otra cultura adopta para sí, dentro de un sistema normativo que denominamos derecho.

1.2 Tensiones ontológicas. Ontología de la modernidad y ontologías relacionales

De acuerdo con varios estudios antropológicos de corte posestructuralista (Escobar, 2012; Hviding, 2001; Descola y Pálsson, 2001), existe un consenso relativo en que una de las características de la ontología de la modernidad es que concibe la realidad bajo dualismos cartesianos de tipo sujeto y objeto, civilizados y no civilizados, nosotros y ellos; en el que el binario naturaleza-cultura es uno de los más determinantes (Hviding, 2001). Tanto las vertientes de la ecología cultural que indican que la naturaleza conforma la cultura, como otros enfoques de la antropología estructuralista o simbólica que sostienen que la cultura impone significados a la naturaleza, comparten la idea de que existe una dicotomía entre naturaleza y cultura (Descola y Pálsson, 2001).

Este dualismo hace que veamos la naturaleza en términos de imágenes culturales, lo cual supone una concepción esencialista de lo que conforma lo natural; la naturaleza es lo dado, y la cultura lo construido (Viveiros de Castro, 1996). Existe una realidad subyacente única y universal que esta ordenada por las propiedades del medio ambiente natural definidas por la ciencia occidental. Así, aun cuando admite que la diferencia cultural incorpora conjuntos de objetos, imágenes y significados distintos a la construcción cultural occidental hegemónica, tiende a superponerlos a la misma realidad: la naturaleza tal como la percibe la ciencia (Hviding, 2001).

Por otro lado, contrario a este marco ontológico dualista, se encuentran sociedades que funcionan con lógicas que las ubican por fuera de la modernidad y no simplemente como variantes alternativas modernas (Blaser, 2009). Mientras la modernidad “asume la preexistencia de distintas entidades cuyas esencias respectivas no se consideran fundamentalmente dependientes de su relación con otras entidades —existen en y por sí mismas” (Escobar, 2013, p. 35), las ontologías relacionales asumen que nada preexiste a las relaciones que lo constituyen (Escobar, 2012). Desde estos esquemas de pensamiento se aborda el mundo y la vida misma como un complejo tejido en el que cada uno de los hilos que lo constituyen, están en una continua relación de interdependencia. Es decir, nada existe en y por sí mismo, sino en función de su profunda interrelación con lo demás.

En lo que atañe a la relación del humano con su entorno, esta relacionalidad salta a la vista pues de acuerdo con sus modelos de apreciación, explicación y acción sobre la realidad circundante (Boff, 1996) no se establecen jerarquías verticales entre los elementos propios del entorno natural y aquellos que conforman la dimensión de lo humano, sino que se establecen relaciones de continuidad entre ellos (Escobar, 2012). Siendo fronteras tan difusas las que separan un dominio del otro, la misma idea de naturaleza, tal y como la conocemos, se transfigura en una concepción de comunidad mayor que excede lo que resultaría únicamente de la suma de ambas dimensiones (Boff, 1996).

2. La ontología en la configuración del modelo jurídico hegemónico

Teniendo claro a qué se refiere la ontología política y sus distintas manifestaciones a nivel sociocultural, quizás el lector se pregunte por la manera como dicha corriente tiene una relación más directa con el derecho. Pues bien, sin pretender saldar la discusión, a continuación, se darán algunas pistas sobre lo que constituye el hilo que teje esta relación.

La forma positiva del derecho está estrechamente vinculada con el tipo de organización social a la cual pertenece, incorporando dentro de sí el producto de las relaciones estructurales de poder, de valores y de intereses que se generan dentro de ella. De esta forma, cada contexto social históricamente considerado reproduce una estructura político-institucional que responda a sus intereses y canalice su permanencia (Wolkmer, 2006). La estructura que ha resultado dominante históricamente está definida por lo que se ha denominado como paradigma monista, el cual se caracteriza por los principios de estatalidad, unidad, positividad y racionalidad.

Tanto “el racionalismo filosófico como el iluminismo político” favorecieron la configuración de una organización jurídica marcada por presupuestos técnico

formales en que la abstracción, universalidad, impersonalidad, previsibilidad y formalidad de las normas son sus características más evidentes. Con el tiempo, este derecho escrito y formalizado encuentra su auge con la sistematización científica representada en la dogmática jurídica, que se manifiesta a través de un riguroso formalismo normativista con pretensión de ciencia. Este tipo de racionalización produjo un desencantamiento de lo sagrado, mágico y religioso, impulsando una orden secular sustentada en los desarrollos de la ciencia y la técnica. Por tanto, es apenas natural que “la racionalidad, a medida que se transforma en uno de los elementos nucleares de la lógica del desarrollo capitalista, aparezca estrechamente vinculada a la estatalidad, a la organización burocrática y al formalismo legal” (Wolkmer, 2006, p. 70). Esto evidencia la estrecha relación entre la racionalidad predominante y las manifestaciones concretas del derecho.

Este tipo de racionalidad está determinada por una episteme específica, que sería “la configuración particular de conocimientos que caracteriza a una sociedad y una época determinada y que determina lo que cuenta como «conocimiento» en dicha época” (Escobar, 2012, p. 12). Si la ontología delimita lo que consideramos como existente, es decir, determina los elementos o entidades que para distintas culturas hacen parte de su mundo y tejen sus *cosmovivencias*, la naturaleza de cada uno de esos elementos requerirá una forma de abordaje particular, en términos modernos, de un método para ser conocidos. La modernidad, de la mano del conocimiento científico, delimita una episteme orientada hacia lo que es verificable empíricamente, y su método crea una separación constante entre lo que es posible conocer a través de él y lo que no, lo natural y lo sobrenatural. Por lo tanto, para las ontologías modernas, el mundo está conformado por un conjunto de entidades susceptibles de comprobación por métodos científicos, lo que determina el conocimiento válido. Todo lo demás se considera creencia.

Siendo así, no es conveniente aproximarse a entidades de carácter sagrado, espirituales o mitológicas, propias de mundos relacionales por medio del método científico y bajo las mismas premisas que sustentan la episteme moderna. Además de que existe una multiplicidad de entidades susceptibles de ser conocidas que no encajan en la racionalidad moderna, la forma en que se tejen las relaciones entre ellas cambia considerablemente, lo cual moldea una episteme con características distintas. La realidad circundante no se aborda como una serie de esferas autocontenidas (economía, sociedad, cultura, política, individuo, etc.), de las que se examina obsesivamente su particularidad, sino como un conjunto interconectado de lo que estudia su compleja relacionalidad. “El pensamiento indígena no es de cuadritos, ni de esquemas, ni de figuras, ni de números. El pensamiento indígena es holístico, místico, epistemológico y holográfico” (Rodolfo Giagrekudo³, 2012).

3 Taita amazónico. El video se puede encontrar en: <https://www.youtube.com/watch?v=ka5qaGX4bdk>

Como vemos, el tipo específico de episteme y de racionalidad que se instala en una sociedad determinada está íntimamente relacionado con los presupuestos ontológicos de la misma, de modo que se generan influencias recíprocas. Si para una colectividad, la dimensión ontológica prescribe los atributos elementales de un mundo particular, ordena el sentido del transcurrir humano, orienta las relaciones del humano en su entorno, y en última instancia remite al sentido mismo de la vida, todo aquello que se considere como una creación socio-cultural dentro de ese contexto estará transversalizado por este arreglo. En este orden de ideas, si consideramos al derecho como una construcción socio-cultural, coincidimos en que la forma que adquiera dentro de esa organización social está estrechamente influenciada por las características de su ontología. En otras palabras, estas formas de vida y pensamiento no se expresan únicamente en el *habitus* (Bourdieu, 2000) de los actores sociales, sino que están ancladas en estructuras objetivas como planes de estudio en las escuelas, proyectos de investigación científica, reglamentos burocráticos, leyes, códigos normativos, etc.

Siendo así, de la misma forma como los elementos nucleares de la episteme moderna se vinculan estrechamente a las formas de organización y regulación social, y más específicamente en el campo jurídico, a premisas como la organización burocrática y el formalismo legal, los presupuestos ontológicos de la modernidad deben incorporarse dentro de esa matriz como elementos constituyentes de esas lógicas.

3. Ontología relacional Êbêra Chami en la comunidad de San Lorenzo, departamento de Caldas

San Lorenzo está ubicado en el corazón de la cordillera andina colombiana, del costado este de la cordillera occidental, específicamente en el municipio de Riosucio, perteneciente al departamento de Caldas. Actualmente está constituido como resguardo indígena gracias a títulos otorgados desde el año 1889, categoría que le fue desconocida durante más de cuatro décadas entre 1943 y 1984. Hoy en día está habitado por aproximadamente 11 mil personas distribuidas en 19 comunidades que hacen parte del pueblo Êbêra Chami, lo cual significa “gente de montaña”. A pesar de ser comunidad originaria, buena parte de sus usos y costumbres se fueron perdiendo a medida que avanzaba el proceso de *desindianización* promovido por el Estado y las élites locales. Como resultado de esta brutal embestida cultural, su lengua desapareció casi por completo en este territorio y sus procesos organizativos se vieron debilitados por mucho tiempo⁴. Sin embargo, los procesos de

4 La información contenida en este párrafo se extracta de la recopilación histórica realizada por líderes y mayores de esta comunidad, la cual está condensada en el proyecto de plan de vida que fue facilitado al autor de este texto a finales del año 2015.

resistencia hoy viven con gran vitalidad; la escuela de médicos tradicionales, la escuela propia⁵, la consejería indígena, la guardia indígena, entre otras, son prueba fehaciente de ello.

Tras esta breve contextualización, se expondrá a continuación lo que en San Lorenzo se conoce como “memorias de origen”, la naturaleza de su contenido, y cómo ésta se conecta con la forma en que dicha comunidad concibe las relaciones con su entorno.

3.1 La reflexión mitológica. ¿razón o fantasía?

Las ontologías se manifiestan en historias (o narrativas) que permiten entender con mayor facilidad las premisas sobre qué tipo de entidades y relaciones conforman el mundo. La “ley de origen” o “memoria de origen” se refiere a un conjunto de principios fundamentales que se han transmitido generacionalmente a través de un acumulado de narrativas o mitos que dan cuenta del origen del pueblo Êbêra Chami y su posición en el cosmos; éstas determinan las bases de su pensamiento y moldean su “cosmovivencia”. Para el Êbêra Chami de la comunidad de San Lorenzo, la ley de origen es la fuente de todo pues aquí se encuentra condensado el “conocimiento ancestral para el manejo de lo material y espiritual, cuyo cumplimiento garantiza el orden y la permanencia de la vida, universo y nosotros como personas”, “es la ciencia tradicional de la sabiduría y el conocimiento ancestral de los indígenas”⁶. Es necesario aclarar que en su contenido se mezclan asuntos del mundo natural tal como lo conoce la ciencia occidental, y aspectos espirituales, mágicos y mitológicos, que bajo el canon epistemológico moderno pueden ser considerados como irracionales o sobrenaturales. Estos elementos interactúan dinámicamente entre sí creando metarelatos que condensan el conjunto de experiencias vitales que desde tiempos ancestrales han informado sobre el lugar y el sentido de la existencia del indígena en el tejido cósmico, dando forma a su racionalidad y sentando las bases de la identidad del Êbêra Chami.

Para el Êbêra Chami el cosmos está ordenado en tres mundos:

El mundo de arriba que se relaciona con lo celeste, el mundo de abajo que se relaciona con el inframundo y el mundo del medio que se relaciona con el Embera; todos son importantes, no hay ni bueno ni malo, cada uno tiene su función, siendo tarea del Embera preservar cada mundo y cada elemento que lo constituye, preservar los animales, las

5 “Guerreros del sol” es una propuesta alternativa de escuela autogestionaria en la que los jóvenes replican de forma activa y voluntaria conocimientos sobre música, tejido, danza, tradición oral, entre otras.

6 Extractos del proyecto de plan de vida facilitado por los consejeros al grupo de “control social” en el año 2015 perteneciente al programa Quirisia Qaway de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia

plantas, el territorio, todo lo que existe en su espacio. Si él abusa en el uso de los elementos de la naturaleza, genera desequilibrio. Cada mundo tiene su función. El mundo de abajo sostiene a los demás mundos, da vida y energía, el mundo del medio le proporciona todo al Embera siendo su casa, su hogar, su madre ya que todo lo que necesita está allí; si quiere aprender de la medicina tiene las plantas, los animales, los árboles, los ríos, las piedras, las cuevas, las montañas; si es alimentación, le da la yuca, el plátano, el maíz, los animales, el agua [...] El mundo de arriba, le da al Embera el pensamiento, el aire, lo espiritual, la sabiduría, la energía, es el espacio que se observa para la siembra, para la educación, para el vivir, para las ceremonias, por ello están las fases de la luna, las direcciones del sol, las constelaciones, el tiempo, determina el actuar del indígena, la hora de dormir, de trabajar, de cortar los árboles, de coger los frutos, de recibir medicina, genera la lluvia, el aire, la luz, los truenos y la sombra, es quien determina el diario vivir del indígena. Se considera que al Embera desde su creación se le entregó una tarea de cuidar de los tres mundos y usar solo el que se le concedió, o sea el mundo del medio, espacio sagrado que lo parió y que le da todo para su vida. Su compromiso es cuidar y preservar cada mundo de acuerdo a su función, cuidar los animales, las plantas, los ríos, toda la naturaleza, preservar el aire, promover la sabiduría de sus padres, educar de acuerdo a esos principios y no generar desequilibrio en ningún mundo; se considera que no tiene permiso para intervenir en el mundo de arriba, ni el mundo de abajo y su desobediencia, descuido o desprotección le traerá graves consecuencias en su vida [...]. El mundo de Tutruika es fundamental para la existencia humana, es la base, los cimientos del mundo, lo mantiene en equilibrio, es quien lo sostiene y a la vez hospeda unos espíritus muy fuertes, unos seres que tienen vida para el Embera, solo que se manifiesta de distintas formas; se trata de los minerales. [...] Por eso al embera se le entregó su casa y nunca se le indicó que empezaran a cavar para subsistir, dado que su mundo tenía todo para la vida y no necesita nada de abajo ni de arriba. [...] Un cerro es un abuelo, es una casa de los ancestros, de los grandes espíritus. Así construyó las primeras casas el Embera, cuya estructura constaba de un techo en forma de pico de cerro, un espacio medio sin divisiones que era donde el indígena dormía, enseñaba, curaba, practicaba su cultura, tejía y tenía a su familia y un espacio inferior compuesto por cuatro pilares, palos o cimientos que soportan toda la estructura, los cuales representaban los cuatro elementales, tierra, aire, fuego y agua. Esta construcción dentro de la cosmovisión del pueblo Embera representa los tres mundos, representa su territorio y por ser hijos de los espíritus el cuerpo del Embera también lleva consigo esta estructura recordando así que el indígena Chamí es uno con el territorio, que es representación de su territorio y que su composición y existencia tiene un vínculo directo, inseparable y vital con sus mundos. Para

el Embera el mundo de arriba de Karagabi ha sido perturbado, por ello exigen sus derechos como guardianes de sus mundos. Dicen los ancestros que este espacio es de los espíritus, de las aves y cuando en los cerros entierran antenas de energía o de comunicaciones para traer el progreso (visión occidental) esto es molestar la casa de los abuelos. Es como si al Embera le taladraran la cabeza, eso es lo que le hacen al territorio, generando enfermedad espiritual (Mauricio Gañan citado por Calvo, 2015).

De acuerdo con las premisas que se derivan de estos relatos, se percibe una idea de naturaleza muy distinta a la que se ha gestado en el seno del pensamiento moderno, desde donde se ha concebido como un objeto de conocimiento que está por fuera de la dimensión de interacciones humanas; como una entidad conmensurable, predecible y aprovechable para hacerla servil a sus designios. Partiendo desde las memorias de origen del pueblo Ebêrà Chami podemos destacar que, de acuerdo a su *cosmovivencia*, su organización socio-cultural está fundamentada en la profunda interrelación que se teje entre las dinámicas de la naturaleza y la vida humana, constituyendo una matriz indisoluble entre el ámbito de lo humano y la cultura, y su ambiente natural. Si el humano es la última de las creaciones en la trama de la vida, se entiende que éste debe plegarse a los códigos de funcionamiento preestablecidos en el medio en que vive, lo cual garantiza su pervivencia en el tiempo. Tal como lo menciona un mayor y médico tradicional de San Lorenzo:

La ciencia ancestral tiene un lineamiento u ordenamiento desde los orígenes de la creación. Los creadores cuando pusieron fuego, tierra, aire y agua tenían definido para qué...de ahí para acá todo lo que fueron creando estaba todo bien ordenado. El ser humano es el resultado final de ese proceso. La ciencia ancestral se basa en los principios y normas de la naturaleza y la creación (Mauricio Gañan, conversación personal, marzo de 2017).

A diferencia de la ciencia moderna cuyos lineamientos están determinados por los intereses dominadores del hombre sobre su entorno, el cual crea un artefacto para la intervención de la naturaleza, la ciencia ancestral a la que nos referimos, parte del orden establecido desde los orígenes de la creación cósmica para definir los principios de convivencia del hombre con su entorno. “La una es dada desde el origen mientras que la otra es creada por el ser humano” (Gañan, 2017). Asimismo, toma en cuenta los ordenamientos que rigen el funcionamiento de la naturaleza para servirse de ella sin afectar sus dinámicas, de manera tal que el humano, como parte integrante de la naturaleza, debe respetar sus leyes pues de lo contrario rompe el equilibrio de vida que le brinda las condiciones para su existencia. Si consideramos que “la naturaleza no necesita del hombre para existir, sin embargo, el hombre necesita de los árboles, los ríos, los animales, las montañas, los mares,

sin los cuales no podría vivir” (Ever Kuiru⁷, conversación personal, febrero de 2017), entonces procurar la menor intervención de la misma es una fuente de riqueza para el Êbêra.

Ahora bien, este acercamiento a las diversas formas en que las culturas experimentan vitalmente la naturaleza, nos permite desdibujar el carácter esencialista de la realidad natural que propone el pensamiento moderno. Mientras que sus lógicas binarias asimilan lo dado con la naturaleza, y lo construido con lo cultural, dotando de cualidades intrínsecas y de verdad al dominio de lo natural, es necesario entender que los presupuestos científicos que apoyan esta idea representan, en sí mismos, las premisas de una cultura particular a la cual están anclados y de los cuales se retroalimentan, por lo que el orden moderno de lo natural es producto de construcciones históricas, sociales y culturales. En esa medida, lo que se constata es que la naturaleza es una noción discursiva que incorpora tanto el orden biofísico que le da sustancia como el simbólico que le da sentido y la significa, de manera que se trata de una noción susceptible de pluralizar de acuerdo a las distintas matrices socioculturales en que se geste.

En definitiva, la instalación de dualismos ontológicos como el de naturaleza-cultura en la estructura del pensamiento moderno ha determinado una única forma de abordar la realidad, de significarla y de definir el papel del humano en su entorno, desconociendo así otras maneras de concebir esa relación. Al posicionar esta noción de naturaleza como precepto de verdad, se reduce la inmensa pluralidad de construcciones de lo natural a meras creencias sustentadas en lo supersticioso. Tomando presente esta idea, en el siguiente capítulo aborda la cuestión por la medida en que las ontologías modernas condicionan el ámbito de posibilidades del proyecto intercultural en el plano del derecho.

4. Pluralismo jurídico intercultural

Las reivindicaciones por la diferencia, la heterogeneidad, los localismos no globalizados han emergido con gran vigor en el plano de las resistencias frente a la globalización hegemónica que amenaza con la homogeneización y la estandarización cultural. Si bien autores como María José Farinhas (2005) advierten sobre la posibilidad que el nuevo “paradigma del reconocimiento de diferencias e identidades” fragmente las luchas sistémicas contra la globalización de corte neoliberal, pues entienden que a las estructuras dominantes no les distorsiona las reivindicaciones de la diferencia, pero sí las reivindicaciones por la redistribución social. También hay que reconocer que gran parte de las discusiones y debates públicos sobre la

7 Orientador del curso de lengua minika en la Universidad de Antioquia recordando las palabras de sus mayores.

interculturalidad acentúan su enfoque en la diversidad cultural, en la relación, y en el conflicto étnico como algo que se puede superar con mejores procesos y prácticas de comunicación. El problema con esto radica en que no se dimensiona el fenómeno como dificultad enraizado en las relaciones de poder (Walsh, 2008).

Mientras que ciertas perspectivas intentan “naturalizar y armonizar las relaciones culturales a partir de la matriz hegemónica y dominante (el centro, la verdad o la esencia universal del Estado nacional ya globalizado)” (Walsh, 2002, p 4), posturas críticas de la interculturalidad parten por evidenciar el carácter conflictivo de estas relaciones, advirtiendo que las diferencias en la práctica concreta no se derivan de la etnicidad en sí:

Sino de una subjetividad y un locus de enunciación definidos por y construidos en la experiencia de subalternización social, política y cultural - de grupos, pero también de conocimientos. El significado de la interculturalidad construido a partir de esta posición necesariamente implica procesos de desubalternización y decolonialización, procesos que en la práctica están dirigidos a fortalecer lo propio como respuesta y estrategia a la violencia simbólica y estructural, ampliar el espacio de lucha y relación con los demás sectores en condiciones de simetría e impulsar cambios estructurales y sistémicos (Walsh, 2002, p. 5).

En este orden de ideas, la noción de interculturalidad que adoptamos en este trabajo “va más allá del respeto, la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad; señala y alienta, más bien, un proyecto social y político dirigido a la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida nuevas y distintas” (Walsh, 2008, p 139). La lógica de la diferencia tiene la potencialidad de constituirse como un modo de ampliar el espacio político e incrementar su complejidad (Escobar, 2011); en la medida que las luchas se articulen a través de la diferencia, se podrían estimular cambios sociales estructurales.

Siendo así, intentaremos aproximarnos a la manera como las diferencias ontológicas afectan el desarrollo de un proyecto intercultural en el plano de lo jurídico, teniendo como base la complejidad de la relación entre el sistema propio de la comunidad de San Lorenzo, Caldas y el derecho estatal.

5. Perspectivas del pluralismo jurídico en Colombia

El pluralismo jurídico es una corriente analítica que nace en oposición a la ideología del monismo jurídico. Entre sus características se destaca el traslado de los análisis desde el derecho y las instituciones del Estado a la sociedad, y las contundentes críticas a los postulados de unicidad, exclusividad, coherencia y homogeneidad del derecho que defiende el monismo jurídico. De esta forma, buscan alejarse de las definiciones esencialistas y funcionalistas del derecho para reconocer que

éste tiene múltiples fuentes y que el sistema estatal es tan solo uno entre tantos derechos que conviven en el campo de lo social (Ariza y Bonilla, 2007). Asimismo, éste se encarga de analizar las relaciones de convivencia que se establecen entre los distintos órdenes jurídicos dentro de un mismo espacio u organización social.

En este sentido, si el sistema estatal no es la única expresión de derecho en el campo jurídico, pues está copado por variados sistemas normativos que emanan de diversas fuentes, lo que queremos proponer es que el derecho propio de los pueblos indígenas sea entendido como una auténtica configuración jurídica, independiente de las lógicas e instituciones oficiales, y con relativa autonomía frente a aquel. Y es que suele pensarse que los sistemas de justicia indígenas se reducen a normas especiales del ordenamiento jurídico nacional, como la creación de la jurisdicción especial indígena en la Constitución de 1991, y bajo ese presupuesto, afirmar el pluralismo como una característica del sistema jurídico estatal.

De la mano de Griffiths, coincidimos en que “el pluralismo es una propiedad predicable de un campo social y no del derecho o un sistema jurídico” (2007, p. 213). De esta forma, en un campo social marcado por la heterogeneidad cultural, es preciso advertir que el derecho y las instituciones jurídicas que emanan de tan distintas fuentes no son totalmente subsumibles dentro de un mismo sistema (2007). Por lo tanto, no es preciso hablar de que un sistema jurídico como el estatal sea pluralista. Esto no niega el hecho de que en su configuración converjan pluralidad de actores e intereses. Quiere decir que hay actores que al tiempo que participan en la construcción del derecho estatal, por sus características, en este caso diferencias de orden ontológico, cuentan con sistemas jurídicos propios. Estas distintas expresiones de derecho, a pesar de su independencia y autosuficiencia, interactúan y se permean continuamente.

Contrario a buscar una síntesis del campo jurídico, a manera de la típica triada dialéctica hegeliana (tesis, antítesis, síntesis), en términos de Silvia Rivera Cusicanqui resulta más apropiado considerarlo como un espacio de “abigarramiento”⁸ (2015) en donde prevalezca la heterogeneidad, el mosaico; donde los elementos constitutivos permanezcan en conflicto, que se privilegien las contradicciones, no que se eliminen. No obstante, propugnar por la heterogeneidad, la agudización, las contradicciones y la profundización de la conflictividad en el campo jurídico, no significa una exaltación de la tropelía, el choque y la violencia entre sus elementos, sino que implica el encauzamiento de esa conflictividad por vías pacíficas y la sana resolución de las diferencias.

Por lo tanto, hablar de interculturalidad crítica en el derecho supone analizar la forma de coordinación entre sistemas jurídicos con el fin de establecer las rutas

8 Abigarrado es el equivalente del chejchi, que es la versión quechua del ch'ixi en aymara; es decir, aquello donde los opuestos conviven sin mezclarse. Rivera, Silvia y Santos, Boaventura (2015)

de encauzamiento de los conflictos derivados del contacto entre ellos. Si se trata de sistemas jurídicos no subsumibles el uno respecto del otro, no es suficiente con tratar de incorporar el derecho propio de los pueblos indígenas a la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico nacional, verbigracia, subordinando la jurisdicción especial indígena a la Constitución y el DIDH⁹ teniendo en cuenta las diferencias culturales. Que el contacto entre ellos se reduzca a una relación subordinada, implica que la gestión de los conflictos estará monopolizada por el actor predominante, privilegiando sus lógicas y valores en la tramitación de sus diferencias. Una relación intercultural, orientada por la reciprocidad y complementariedad entre ellos, hace necesario posicionar los sistemas de justicia indígenas al mismo nivel de interlocución con el Estado.

Entonces, ¿qué relación hay entre los esquemas dualistas del pensamiento moderno y el pluralismo jurídico intercultural? ¿Cómo condiciona el dualismo naturaleza-cultura, las posibilidades para un diálogo horizontal entre el sistema de justicia Êbêra y el oficial? El núcleo de la respuesta radica en las características de orden ontológico que permean el sistema de justicia Êbêra y la forma de cómo estos rasgos distintivos pueden ser simbolizados a la luz de las representaciones dualistas de la cultura.

La relación sincrónica entre el humano y la naturaleza está definida para el Êbêra Chami por los mandatos de la ley o memoria de origen, que es también la fuente primigenia de derecho; en últimas, es aquello que ordena la existencia y da sentido al conjunto de experiencias de la colectividad. Esta compleja fuente de derecho da forma a un sistema jurídico que, tanto en su conceptualización como en su acción, es diametralmente distinto al estatal. Por no estar soportado por el núcleo burocrático-institucional de control social, cual es el Estado, sus expresiones no se asemejan a las manifestaciones legales abstractas, impersonales y coercitivas formuladas por un monopolio de un poder público centralizado, interpretadas y aplicadas por órganos y por funcionarios especializados. Al no tratarse de un derecho positivo que gira en torno a la ley y es producido únicamente por órganos especializados, sus fuentes no se reducen a la tradición de las fuentes formales, sino que se origina en la práctica, en el quehacer cotidiano, en las particularidades de cada caso, pero siempre respetando los lineamientos de la ley de origen.

Y es precisamente a través de estos lineamientos superiores, que el sistema jurídico en cuestión adquiere uno de sus rasgos distintivos; se trata de que en su estructura medular se encuentran elementos mitológicos, mágicos o espirituales que interactúan dinámicamente entre sí, marcando un derrotero en función de la

9 Este tema se puede ampliar con el trabajo de grado de mi autoría para optar por el título de abogado Galindez, C (2017). *Interculturalidad en clave de dignidad humana: desafíos en el campo jurídico* (tesis de pregrado). Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

conservación de las memorias de origen del pueblo Êbêra Chami y la reproducción de los usos y costumbres propios. Estos elementos son vitales para procurar el control social dentro de la comunidad. Tanto para establecer los procedimientos y reglas de convivencia como para procurar las sanciones:

Frente a la ley de origen se debe indicar que, dentro de la cosmovisión y cosmogonía indígena los espíritus han enseñado que vivimos en un territorio, que nuestro cuerpo hace parte de él y que todo está ordenado de tal forma que cualquier alteración en ese entorno genera conflictos y enfermedades a toda la comunidad; esta ley establece que todo tiene un efecto y que cada cosa cumple una función. En este caso, es deber de la consejería preservar dicho orden para evitar problemas mayores que afectarían a toda la comunidad desde lo espiritual y lo material, por lo tanto, considera que todo daño causado dentro de la comunidad debe ser debidamente reparado, en favor del afectado directo y de la comunidad a la cual pertenece, todo esto, en procura de restablecer el orden y el equilibrio que buscamos mantener dentro de nuestra comunidad ¹⁰

Si bien es claro que el ámbito de racionalidad en que funciona este sistema jurídico no es del todo compatible con la matriz moderna de pensamiento, lo problemático resulta en que las premisas sobre las que se fundamenta esta última conducen a la exclusión y subalternización de la otredad, imponiendo una construcción social particular como verdad absoluta. Podrá advertir el lector, desde la perspectiva de las ontologías modernas y sus esencialismos, que el territorio es una extensión del cuerpo, que la comunidad incluye también a los animales, ríos y montañas, que la naturaleza está cargada de intencionalidades, que existen afectaciones espirituales al territorio, que hay que consultar con la madre tierra, entre otros ejemplos y muy probablemente resultarían valorados como fantasía y, cuando mucho, como un conjunto de imaginarios simbólicos de una realidad dada. Cuando hablan de la montaña como entidad sintiente y la movilizan jurídicamente en función de la protección del territorio, no lo hacen apoyándose en una creencia, lo cual sería nuestra reducción moderna del asunto basada en el dualismo «ciencia/creencia» o «verdadero/falso»; el sustento de esta afirmación se encuentra en la totalidad ontológica y el conjunto de experiencias vitales de la comunidad a través de los tiempos, entre las cuales no operan estos binarios (Escobar, 2012).

Es por ello que, en lo concerniente a la naturaleza hemos llamado la atención sobre la necesidad de repensar la idea de que se trate de una categoría independiente de las construcciones socio-culturales que se tejen alrededor de ella, pues

10 Extracto de una resolución emitida por la Consejería indígena de San Lorenzo en un caso que involucraba a una entidad pública EFIGAS y una comunera del resguardo indígena en el marco del incumplimiento por parte de esta entidad a unos compromisos derivados de una consulta previa. 2015

“aunque a menudo pasa desapercibida, la idea de la naturaleza contiene una extraordinaria cantidad de historia humana” (Williams citado por Escobar, 1999, p. 274). Generalmente, tanto en las ciencias biológicas como en las sociales y humanas, se trata a la naturaleza como “un campo de valor intrínseco, verdad o autenticidad” (Soper citado por Escobar, 1999, p. 275), lo que condiciona la forma en que interpretamos y valoramos concepciones ontológicamente distintas, como en este caso las propias de pueblos originarios.

Si el derecho propio de la comunidad de San Lorenzo está permeado por una idea de naturaleza no biocéntrica (vida en términos científicos), no antropocéntrica y relacional. Cabe cuestionarse qué tanta validez seríamos capaces de concederle, si permanece incólume, la idea de que lo natural está únicamente delimitado por la racionalidad moderna y el entendimiento científico. Desde este punto de vista, uno de los retos más grandes para la consolidación de un pluralismo jurídico intercultural, es procurar superar estos esquemas de pensamiento dualista, de tal forma que seamos capaces de advertir las limitaciones de nuestro propio entendimiento del mundo. En este sentido, poder valorar positivamente la diferencia involucra la necesidad de deconstruir ampliamente los esquemas binarios (naturaleza-cultura, humano-no humano, civilizados-no civilizado, ciencia-creencia, etc.) sobre los que se ha cimentado la racionalidad moderna, de modo que surja una conciencia más sensible hacia la aceptación de complementariedades y convergencias entre sistemas jurídicos a partir de la diversidad ontológica y cultural. Un verdadero esfuerzo por descolonizar el saber jurídico. De otro modo se seguirán naturalizando las jerarquías culturales que conducen en dirección a la subordinación y reducción de una inmensa diversidad de sistemas de justicia.

Incluso en presencia de una gramática constitucional y legal progresista en materia de pluralismo, el tránsito hacia una sana convivencia entre sistemas jurídicos marcados por la diferencia cultural o coexistencia en términos de igualdad está profundamente condicionado por impulsos transformadores en el plano de lo social que favorezcan la materialización del orden discursivo propuesto desde el Estado. Sin pretender demeritar la labor de la Corte Constitucional, la cual ha propiciado importantes avances en la materia, el derecho positivo y sus dispositivos constituyen apenas una estructura de oportunidad en favor de la emergencia y el fortalecimiento de formas alternativas de entender y aplicar el derecho. Estas fisuras a la ideología aun hoy dominante del monismo jurídico generan un ambiente más propicio para el desarrollo de un nuevo paradigma de convivencia intercultural entre sistemas de justicia. Sin embargo, los alcances del derecho estatal están delimitados por el ámbito de posibilidades que ofrecen las dinámicas sociales, y no en sentido contrario. En otras palabras, la interculturalidad como proyecto político contra la exclusión y subalternización de modos de vida distintos es un horizonte por construir, primero en el campo social, lo cual involucrará cambios sustantivos en cuanto a la valoración de la otredad por parte de las sociedades

modernas; su instalación en el campo jurídico, como un adjetivo del pluralismo, en procura de la complementariedad y reciprocidad entre sistemas de justicia, será una posibilidad alcanzable una vez el ambiente social y político lo favorezca.

Hasta tanto el derecho propio de pueblos como el Êbêra Chami, permeado por su carácter espiritual y sagrado proveniente de las narrativas de origen consignadas en la “ley de origen”, tenderá a ser mermado en su validez y fuerza política, reducido a la minoría de edad, como una entidad que necesita estar bajo la patria potestad del Estado, quien está llamado a establecer sus límites y ámbito de competencias. Por esto, el potencial emancipatorio del campo jurídico no radica tanto en el derecho oficial y su lenguaje progresista en materia de pluralismo jurídico, sino con mayor ahínco en la emergencia de los sistemas de justicia indígena como interlocutores en iguales condiciones políticas y epistémicas en este espacio de contacto con el derecho estatal.

Conclusiones

Asumiendo que la convivencia horizontal entre ordenamientos jurídicos marcados por la diferencia cultural es el horizonte deseable en el campo jurídico, este texto ha buscado responder por los condicionamientos que imponen las lógicas de funcionamiento del pensamiento moderno para la consecución de este objetivo. Específicamente se ha preguntado por la manera en que, desde el plano ontológico, la instalación del dualismo naturaleza-cultura, como esquema preponderante de interpretación y valoración del otro diferente, influye en la manera como se construye el modelo de pluralismo jurídico actualmente en Colombia. Lejos de pretender una respuesta acabada sobre este interrogante, pues debido a lo espinoso y complejo del asunto, así como el hecho de ser un terreno prácticamente inexplorado en los estudios de derecho, lo que presentamos en este texto no es más que un esbozo sobre las posibilidades de este campo de análisis, tratando de sugerir algunas claves de aproximación a la materia. Por lo tanto, se trata de un programa de investigación a largo plazo que contribuya con el enriquecimiento de los debates sobre pluralismo jurídico en el país.

Por una parte, los análisis que surgen desde la perspectiva teórica de las ontologías políticas acerca del pluralismo, sugieren que la representación moderna de la diferencia, como diversidad de estructuras simbólicas sobre un mundo dado, debe ceder ante la idea de la radicalidad de la diferencia. Este giro interpretativo supone una crítica a las construcciones esencialistas de la realidad, que advierte sobre la existencia de múltiples mundos, en los que se transfiguran profundamente las nociones sobre los elementos que existen y los constituyen, así como las relaciones de interdependencia entre ellos. Particularmente, se ha explorado el mundo del Êbêra Chamí de la comunidad indígena de San Lorenzo, en el municipio

de Riosucio, departamento de Caldas, con el fin de evidenciar otras formas de entendimiento acerca de la naturaleza y el papel del ser humano en ese orden, lo cual no es poca cosa si se considera que esto estructura su modelo de relaciones más determinante, su sentido preponderante de la vida, y que da lugar a un modo particular de abordar la realidad circundante.

En este plano de la diferencia, hemos ubicado a las estructuras objetivas de regulación de la vida y la convivencia que denominamos como ordenamientos jurídicos, los cuales, al ser productos sociales y culturales, se nutren profundamente de los esquemas de explicación y acción sobre el mundo en que operan. Cada uno de ellos posee propiedades diferenciadoras que hacen que sean inasimilable con respecto del otro, es decir, a pesar de sus puentes comunicantes, no son equiparables por completo. Ello nos lleva a concluir, de manera accesoria, que no es apropiado considerar un sistema jurídico, como el estatal, de pluralista, aun cuando éste otorgue, dentro de sí, reconocimiento hacia otros y conceda facultades de ejercer autónomamente el derecho propio a los pueblos indígenas; lo que sí se puede definir como pluralista es el campo jurídico en el que opera el derecho estatal, espacio donde se relacionan dinámicamente multiplicidad de ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, al observar detenidamente desde la perspectiva de la ontología política las particularidades del campo social en que operan las tensiones entre estos ordenamientos jurídicos, se puede vislumbrar cómo el dualismo naturaleza-cultura supone un ordenamiento jerárquico de las ontologías propias de los actores en juego, en este caso, el Estado y el pueblo Êbêra Chamí. En la medida en que el pensamiento moderno, cuyo representante aquí es principalmente el Estado, defiende la idea de una única realidad en base a la noción dualista de la naturaleza, todas las demás formas de entendimiento quedan por fuera del plano de validez al ser consideradas como irracionales o atrasadas, máxime cuando incorporan dentro de sí elementos espirituales, mágicos o sagrados, como es el caso del pensamiento que se sustenta en su ley de origen. Como consecuencia de ello, su derecho propio, permeado en todas sus dimensiones por la ley de origen, tenderá a sufrir las mismas relaciones jerárquicas con respecto al derecho estatal, aun en presencia de una gramática constitucional progresista en materia de derechos hacia los pueblos indígenas. La movilización de elementos sagrados y espirituales en materia jurídica, como en lo que se refiere a la protección de su territorio, será vista con sospechas y probablemente restada en su validez y su fuerza política.

En definitiva, como condición necesaria para la consolidación de un nuevo paradigma de legalidad, se requiere un cambio sustancial en cuanto a la valoración de las diferencias, que pasa por cuestionar los dualismos constitutivos de la episteme moderna, y de esa forma reordenar horizontalmente aquellas ontologías que determinan la realidad hegemónica y las de grupos sociales históricamente excluidos. De esta forma se favorecerá la construcción de un nuevo escenario in-

tercultural de pluralismo jurídico que afirme las contradicciones entre sistemas de justicia marcados por diferencias ontológicas, y permita la solución de sus conflictos de manera que involucre el diálogo equitativo entre ellos. Todo esto apunta a la construcción de un campo jurídico democrático y plural que propicie la complementariedad y reciprocidad entre sus componentes, buscando que ninguno de ellos se arrogue la facultad exclusiva de nominar y tramitar sus diferencias. Sin duda, nada de esto hace parte de alguna política pública ni está en la agenda de ninguna institución del Estado, todo está por construir, quizás un esfuerzo intergeneracional, pero es una responsabilidad ética impostergable.

Referencias

- Barbosa, R. (2011). El orden del todo. Sierra Goanawindwa –Shwndwa, un territorio de memorias, tendencias y tensiones en torno al ordenamiento ancestral. Medellín: IEPRI. La Carreta Editores
- Blaser, M. (2009). Political ontology. *Cultural Studies*, 23: 5, 873 — 896
- Bonilla, D. y Ariza, L. (2007). El pluralismo jurídico. Contribuciones y retos de un concepto polémico. En Sally Engle Merry, John Griffiths y Brian Tamanaha, *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Universidad de los Andes: Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores
- Bordieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En Teubner, Gunther y Bordieu, Pierre. La fuerza del derecho (pp 153-230). Bogotá: Universidad de los Andes: Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.
- Calvo, C. M. (2015). Territorio indígena, Un desde la cosmovisión. Análisis a partir del pensamiento y problemáticas territoriales del resguardo indígena de san Lorenzo. Trabajo para optar al título de abogado. Medellín: Universidad de Antioquia
- Escobar, A. (2012). Cultura y diferencia: la ontología política del campo de cultura y desarrollo. *Revista Walekeru*. Recuperado de <http://edu-library.com/es/walekeru>
- Escobar, A. (1999). El mundo postnatural: elementos para una ecología política anti-esencialista. En *El final del salvaje* (p. 273-315) Santafé de Bogotá: Ican: Cerec,
- Escobar, A. (2011). Ecología política de la globalidad y la diferencia. En: Alimonda, Héctor Naturaleza Colonizada: Ecología política y minería en América Latina. Buenos Aires: CLACSO.
- Escobar, A. (2013). En el trasfondo de nuestra cultura: la tradición racionalista y el problema del dualismo ontológico. Universidad de Carolina del Norte. Chapel Hill. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n18/n18a01>
- Escobar, A. (2015). Territorios de diferencia: la ontología política de los derechos al territorio. *Cuadernos de Antropología Social*. N°41. Buenos Aires. Julio de 2015. Recuperado de: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-275X2015000100002

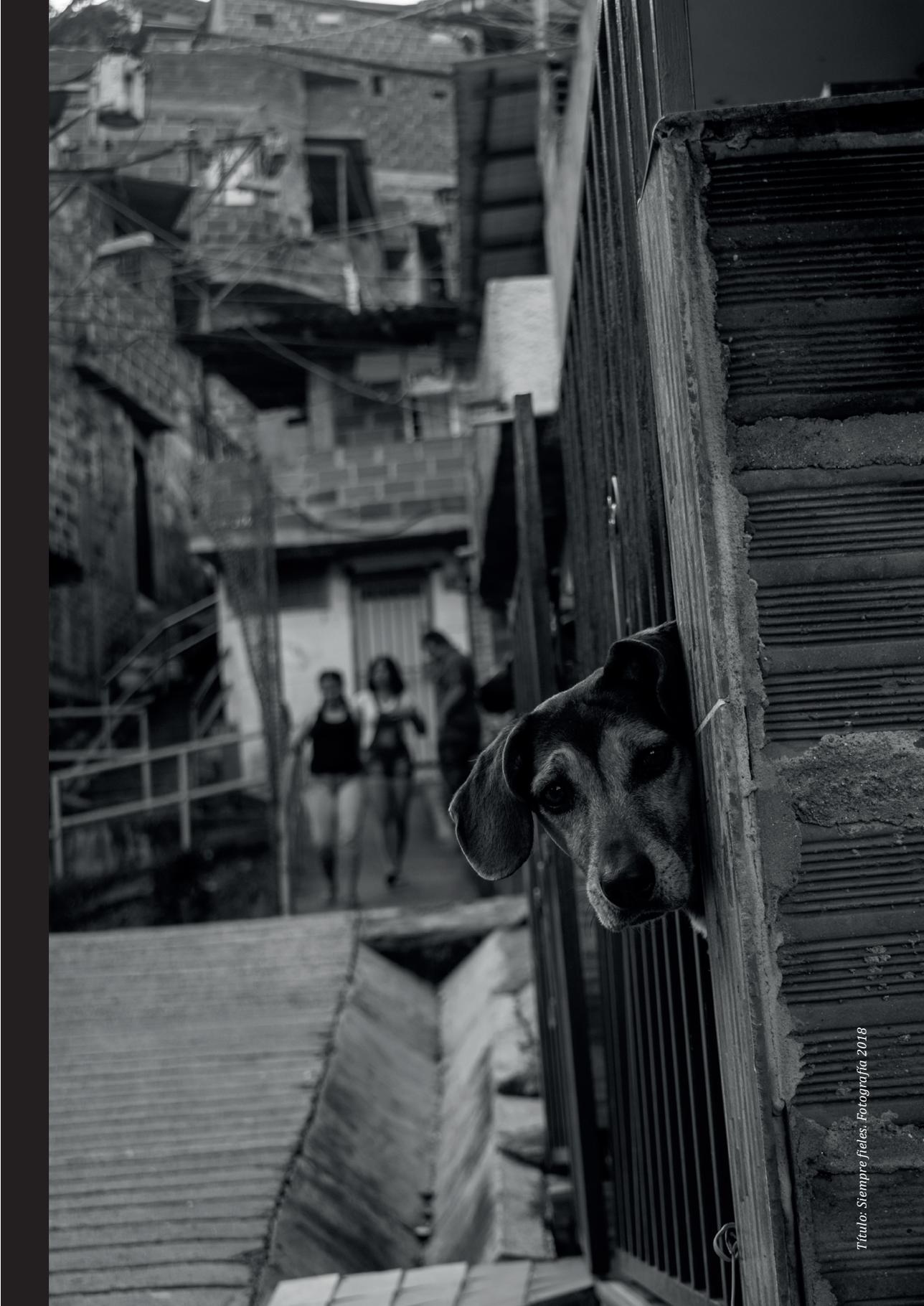
- García, M. y Rodríguez C. (2003). Derecho y sociedad en América Latina: propuestas para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. En *Derecho y sociedad en América Latina. Un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (pp15-66). Bogotá: Colección en Clave de Sur, ILSA
- Giroux, H. (1992). Teoría y Resistencia en Educación. Argentina: Siglo XXI Editores
- Griffiths, J. (2007). ¿Qué es el pluralismo jurídico?. En Sally Engle Merry, John Griffiths y Brian Tamanaha, Pluralismo jurídico. Bogotá: Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores
- Hale, C. (2001) Does multiculturalism menace? Governance, cultural rights and the eclipse of 'Oficial Mestizaje'. Workshop Cultural Agency in the Americas: Language, Ethnicity, Gender, and Outlets of Expression, Cuzco, 29-30 de enero, mimeo
- Hviding, E. (2001). Naturaleza, Magia, ciencia. Sobre los metalenguajes de comparación en la ecología cultural. En *Naturaleza y Sociedad, Perspectivas Antropológicas* (pp. 192 – 211): Siglo XXI Editores.
- Ingold, T. (2000). The Perception of the Environment. Londres: Routledge.
- Latour, B. (1993). We have never been modern. [traducción al castellano por Purificación Arribas y Fernando Conde]. Nunca hemos sido modernos. Ensayo de antropología simétrica. Madrid: Debate.
- Maturana, H y Varela, F. (2003). El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires, Argentina. Lumen Editorial universitaria
- Merry, S. E. (2007). Pluralismo jurídico. En *Pluralismo jurídico* (pp 87-142). Bogotá: Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.
- Rivera, S. & De Sousa Santos, B. (2015). Conversa del mundo. En *Revue de Indignación y Otras Conversas* (1a ed). (pp 80-123). Bolivia. Proyecto Alice.
- De Sousa Santos, B. (2009). Para una nueva teoría crítica del Derecho. En *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA, 2009 p. 581
- De Sousa Santos, B. (2010). Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur. Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Programa Democracia y Transformación Global. Recuperado de: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf
- Viveiros de Castro, E (1996). Images of nature and society in amazonian ethnology. *Annual review of anthropology*. 25, 179-200.
- Walsh, C. (2012). El pluralismo jurídico: el desafío de la interculturalidad. *Nueva América*. Número 133, pp. 32-37.
- Walsh, C. (2008). Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político- epistémicas de refundar el Estado. Tabula Rasa. Bogotá - Colombia, No.9: 131-152, julio-diciembre 2008. Recuperado de: <http://www.revistatabularasa.org/numero-9/08walsh.pdf>

Wolkmer, A. C. (2006). Pluralismo jurídico Fundamentos de una nueva cultura del Derecho. Sevilla, España: Editorial MAD

Entrevistas

Conversación con Mauricio Gañan Bueno (11 de marzo de 2017). (Galíndez, C. Entrevistador). San Lorenzo, Municipio de Riosucio, Caldas.

Conversación con Ever Kuiru (14 de febrero de 2017). (Galíndez, C. Entrevistador). Medellín, Antioquia.



Título: Siempre fieles; Fotografía 2018

Constitutional replacement in five countries of South America. An Empirical Comparative Analysis*

José Luis Castro Montero**

Abstract

Almost all constitutions have a beginning and an end; enactment supposes its birth, while replacement entails its death. Like all living beings, written constitutions can pass away because of many causes. Among other factors, political, economic and social conditions, but also constitutional design features are called to be the leading causes of what is hereby denoted as constitutional replacement. Why do some written constitutions survive longer than others? To what extent are political, economic, and legal factors, the determinants of constitutional replacement? To answer these questions, this article presents an empirical study of risk and protective factors of constitutional mortality, among five South American countries, namely Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru and Venezuela, in the period 1946 - 2016. This time period is especially interesting due to its variability. Previous literature insights are confirmed insofar evidence suggests that bicameralism tends to live longer, despite adverse political and economic conditions.

Keywords: constitution; constitutional amendment; democracy; constitutional durability; constitutional mortality; South America.

El reemplazo constitucional en cinco países de América del Sur. Un análisis empírico comparativo

Resumen

Todas las constituciones tienen un inicio y un final. Nacen cuando son promulgadas y su reemplazo conlleva su muerte. Como todos los seres vivos, las constituciones pueden morir debido a diversos factores. Entre los más importantes están los factores políticos, económicos, sociales y características sobre el diseño constitucional como las variables explicativas del reemplazo de las constituciones. ¿Por qué algunas constituciones sobreviven más tiempo que otras? ¿En qué medida diversos factores políticos, económicos, sociales y de diseño constitucional influyen en la reforma total de las constituciones? Para responder estas preguntas, este estudio presenta el análisis empírico de una base de datos original sobre los factores de prevención y riesgo de las constituciones promulgadas en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, entre 1946 y 2016. Este periodo resulta interesante debido a su variabilidad institucional. Los principales hallazgos del presente estudio refieren que aquellas constituciones que instituyen mecanismos de difusión de poder político, como asambleas bicamerales, perduran inclusive ante condiciones sociales y económicas desfavorables.

Palabras clave: constitución; reforma constitucional; democracia; durabilidad constitucional; mortalidad constitucional; América del Sur.

A substituição da constituição política em cinco países da América do Sul

Resumo

Toda constituição política tem um início e um final. Nasce quando são promulgadas e a sua substituição acarreta a sua morte. Como todos os seres vivos, as constituições podem morrer devido a diversos fatores. Dentre os mais importantes, alguns trabalhos prévios analisam fatores políticos, econômicos, sociais e características sobre a forma constitucional como as variáveis explicativas da substituição das constituições. Por que algumas constituições sobrevivem mais do que outras? Em que medida diversos fatores políticos, econômicos, sociais e de forma constitucional influem na reforma total das constituições? Para responder estas perguntas, este estudo apresenta a análise empírica de uma base de dados original sobre os fatores de prevenção e risco das constituições promulgadas na Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, entre 1946 e 2016. Este período resulta interessante devido a sua variabilidade institucional. As principais descobertas deste estudo indicam que aquelas constituições que instituem mecanismos de difusão de poder político, como assembleias bicamerais, perduram inclusive diante de condições sociais e econômicas desfavoráveis.

Palavras-chave: constituição; reforma constitucional; democracia; durabilidade constitucional; mortalidade constitucional; América do Sul.

* Artículo de investigación resultado del proyecto *El reemplazo constitucional en América del Sur: acercamiento empírico*. Grupo de Metodología del Derecho de la Universidad de Tilburg. Fecha de terminación de la investigación: 12/12/2016.

** Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Estudios en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar. LLM de la Universidad de Tilburg (Países Bajos) y la Universidad de Leuven (Bélgica). Correo electrónico: j.l.castromontero1@gmail.com

Constitutional replacement in five countries of South America. An Empirical Comparative Analysis

Introduction

Why do some written constitutions survive longer than others? Almost all constitutions have a beginning and an end; enactment supposes its birth, while replacement entails its death. Like all living beings, written constitutions can die from many causes. Among other factors, political and economic conditions, but also constitutional design features are called to be the leading causes of constitutional replacement. In this paper, an empirical comparative analysis of risk and protective factors of constitutional replacement, among five South American countries, namely Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru and Venezuela, between 1946 and 2016, is presented. The main findings suggest that institutions such as bicameralism tend to lengthen the lifespan of constitutions. This might be due to the higher number of veto players and level of consent required for passing any constitutional replacement initiative in a bicameral legislature. The preventive effect of bicameralism even holds when taking political and economic conditions into account.

This contribution focuses on five Andean states that evince a somehow similar trend when considering constitutional replacement practices (Elkins et al., 2009). Other comparative equivalencies are also given by some common environmental and design characteristics, such as type of government (presidentialism), ethnicity, language, geographical proximity, authoritarian and democratic regimes, among others. Notwithstanding, the selection of legal systems is also driven by methodological prescriptions, such as, choosing cases in which some variation in the dependent and independent variables are present. In the case of constitutional replacement, the dependent variable has widely varied among all five countries, e.g., Bolivia, Ecuador and Venezuela have enacted four constitutions, Peru has enacted two and Colombia only one constitution since 1946. Moreover, all explanatory variables differ depending on the time and country of analysis. Consider also that all countries have faced periods of democratic and de facto regimes or bumpy fluctuations of economic conditions.

This paper is structured as follows. First a brief overview of some seminal concepts and streams on constitutional change are presented, along with prior insights on constitutional replacement among the five selected countries. The second section presents four hypotheses derived from the previous theoretical analysis. The third section is predominantly methodological as it discusses the selection of cases, the variables included into the analysis and the operationalization and limitations of empirical comparative legal analysis. Finally, results on the determinants of constitutional replacement are presented in the last section.

Background

Why do some constitutions survive for long periods of time, decades, even centuries, while others perish in less than a year? Existing studies refer that environmental and constitutional design features are the leading factors of constitutional endurance. Environmental features allude to political, social and economic exogenous factors, whereas constitutional design factors refer to the specific configuration of constitutional provisions, such as form of State, type of government, constitutional adjudication, and so forth. Although most research has traditionally focused on either constitutional design or environmental features as separate explanatory variables, recent studies have analyzed the impact of both these types of factors on constitutional stability. In the following section, prior insights of constitutional change are presented.

Constitutional design

Regarding constitutional design, there is general consensus on the notion that the number of veto players, as well as the level of consent required for a replacement plays a crucial role when political stakeholders decide to replace constitutions (Elkins et al., 2009; Hardin, 2013; Lijphart, 2004; Negretto, 2008, 2012; Pérez-Liñán & Castagnola, 2014; Weingast, 2006). Along these lines, it is argued that if constitutional replacement procedures require higher levels of agreement from a greater number of political actors, constitutions are more likely to endure. Conversely, if the replacement process involves less veto players¹, and lower degrees of consent between political actors, constitutions are more likely to be replaced.

1 Veto players are generally defined as those political actors that have the power to decline other actors' decisions (Tsebellis, 2002).

Of course, means of constitutional reform do not include only replacement, but more commonly amendment procedures, which generally allow constitutional designers to change specific institutions without altering the overall content of a constitution. Particularly, constitutional amendment procedures are called to have a high impact on constitutional replacement, as the durability of a constitution can be influenced by the number of amendments. In this sense, Lutz (1994) finds that “a moderate amendment rate is conducive to constitutional longevity.” It is worth noting that these assumptions depend not only on how flexible (number of veto players, number of instances and level of consent between players) the amendment rules are (Negretto, 2012), but also on the specific function of constitutional amendments under a specific legal system.

Furthermore, different scholars concede that constitutions are more likely to survive if they include provisions which diffuse political power (Colomer, 2016; Elkins et al., 2009; Negretto, 2008). In this context, the balance that political power entails can be achieved through political institutions such as “bicameralism, executive veto, and federalism” (Negretto, 2008). The underlying argument of this position is that such institutions create stable political environments and therefore a long-lasting constitution. Complementing this hypothesis, Przeworski (1988, p. 36) points out that “constitutions that are observed and last for a long time are those that reduce the stakes of political battles.”

Judicial review also has a paramount effect on the duration of constitutions. Besides being a substantial instrument for checks and balances in democratic States and a useful instrument to correct inferior law, judicial review allows judges to interpret and change the function of constitutional provisions, without having to amend or completely replace them (Ackerman, 2000; Lutz, 1994; Negretto, 2012). Correspondingly, the design of judicial review – whether it is decentralized or centralized, abstract or concrete – would determine the lifespan of written constitutions (Elkins et al., 2009). Indeed, depending on its configuration, judicial review may also strengthen or weaken a constitution.

Constitutional endurance has also been studied from an economical perspective. Principally, renegotiation theorists conceive constitutions as political agreements bargained among a number of parties, which leads to several economic problems, such as, uncertain payoffs, hidden information and reservation prices (Kaplow, 1992). From a law and economics perspective, constitutions should be inclusive, flexible, and specific in order to mitigate such difficulties (Elkins et al., 2009). In this line, constitutional scope – the amount of detail and the number of themes covered by a constitution – has been thought as a determinant of constitutional durability. Nevertheless, empirical evidence has shown contradictory evidence in this regard (Elkins et al., 2009, Negretto, 2008).

Political, Economic and Social Environment

Without any doubt, constitutions are profoundly shaped by a wide range of different and interdependent processes. Scholars, for instance, have acknowledged the impact of political, economic and social features on constitutional stability. Elster (1995) emphasizes that constitutional change is meant to occur during extraordinary political moments, through which a political community constructs a new normative system. "To reduce the scope for institutional interest, constitutions ought to be written by specially convened assemblies and not by bodies that also serve as ordinary legislatures. Nor should legislators be given a central place in ratification", Elster urges (1998, p. 117).

Furthermore, existing studies have reasonably maintained that the duration of constitutions is largely dependent on political regime changes. In this regard, transitions from authoritarian regimes to democratic ones are said to be impossible without new formal and informal sets of arrangements, in the form of constitutions, between government and political opposition (Dahl, 1973; Elkins et al., 2009). Hence, a political regime transition will portray higher probabilities of constitutional replacement. Continuing this idea, as new governors need new legal layouts to develop their policies, constitutional replacement will be more alike when new political leaderships consolidate their power. Additionally, some authors stress the importance of public ratification as a protective factor for constitutional longevity (Elkins et al., 2009).

Likewise, economic conditions determine the durability of constitutions according to some scholars. On the one hand, positive economic growth entails better chances of political stability (Przeworski, 1988). On the other hand, economic crisis may severely destabilize political, social and legal conditions. As a result, studies show that countries with strong economies are more likely to have enduring constitutions, whereas those ones which portray weak economic conditions are prone to constant constitutional replacements (Elkins et al., 2009).

Among the most important social factors, existing literature has taken into account the influence of four elements on constitutional durability: the diffusion effect, historical legacies, ethnicity, and internal and external conflicts. First, the diffusion effect suggests that constitutional replacement in a country "inspires constitutional reform in another" neighboring country (Elkins et al., 2009). Second, historical legacies as determinants of constitutional replacement rely on the fact that "States that have existed for several generations" will have longer constitutions, while younger States will produce less stable constitutions (Ritchie, 2005). Third, ethnicity may determine constitutional stability because it is easier to sustain agreements among homogeneous populations (Sollors, 1986). Finally, Elkins et al. (2009) argue that armed conflicts, whether inter or intrastate belligerences,

have been a traditional threat for political systems. In this sense, scholars evidence that defeat in armed conflicts increases the risk of constitutional replacement.

Prior Insights on Constitutional Replacement

For the purposes of the present study, constitutional replacement is defined as the complete substitution of an expiring constitution and the adoption of a formally labeled new constitution. Unlike other forms of constitutional modification, replacement entails the formal displacement of a precedent constitution. From a functional perspective, Elkins et al. (2009) ideally understand constitutional replacement as a mechanism intended to reform those basic political institutions of a State, as the structure of the State, the form of government, fundamental rights or constitutional adjudication. Complementary, Negretto (2012) suggests that constitutional replacement occurs when certain political events demand for a “new governance structure.” This viewpoint is shared by Adams (2014, p. 281) for whom “constitutions are the ultimate means of building and sustaining a just political order.” Indeed, constitutional replacement implies the incapacity of a State to preserve the structure of a political community and the necessity to refund governance institutions.

From an institutional perspective, constitutions are labeled as permanent sets of norms which organize the State (Hardin, 2003). In this regard, it is undertaken that constitutions are meant to be stable due to the elevated cost of constitutional replacement (Powell and DiMaggio, 2012). Even though there seems to be a settled consensus among constitutional scholars regarding that a central aim of constitutionalism is the entrenchment of constitutional rules, it is impossible to deny the recurrent replacement of constitutions in some parts of the world. Consider the case of Latin America, a region that across history has enacted almost fifty per cent of all constitutions in the world (Elkins et al., 2009).

Constitutional Replacement in Five Andean States

Legal scholars conceive constitutions as lasting rules, set to establish, organize and guide the political life of a State (Hardin, 2003). In all five countries under study, the empirical reality is that the majority of constitutions have been subjected to frequent revision. How can legal scholars undertake the endurance of constitutions, if they are constantly replaced or simply unobserved? Perhaps this gap between constitutional theory and the practice of constitution-making has tarnished a realistic comprehension of constitutional change in some countries of Latin America (Elkins, Ginsburg, & Melton, 2009; Negretto, 2008).

Across history, Latin American countries have enacted almost fifty per cent of the total enacted constitutions around the world (Cordeiro, 2008). Particularly, Bolivia, Ecuador, Peru, and Venezuela have been frequent constitutional replacers. As depicted in Table 1, eighty-three constitutions were enacted between 1830 and 2016, and fifteen between 1946 and 2016. The number of constitutions enacted since independence ranges from eight, in the case of Colombia, to twenty-six, in the case of Venezuela. In addition, the mean lifespan of constitutions is thirteen point eight years. It is worth noting that constitutional lifetime changes extensively depending on the country. For instance, the Constitution enacted in 1886 in Colombia lasted for 105 years, while the Ecuadorean Constitution of 1945 lasted less than a year.

Table 1 Constitutions Replacement

Country	Constitutions since 1830	Constitutions enacted since 1946	Average duration (years)
Bolivia	17	4	11.23
Colombia	8	1	26.57
Ecuador	20	4	9.3
Peru	13	2	14.92
Venezuela	26	4	7.15
Total	83	15	
Mean	16.6	3	13.83

Source: Political Database of the Americas, Georgetown University.

Constitutions have operated among strikingly different political and economic conditions, as almost all South American countries experienced authoritarian dictatorships and democratic regimes, as well as fluctuating economic conditions. Furthermore, even under democratic regimes, constitutional replacement has not ceased. As shown by Negretto (2008), “an average of one constitution was enacted per country” after the third wave of democratization (1978-2016). From a legal point of view, comparative empirical studies are much needed, as practically all the research conducted in the region is based on historical national case analysis (Fortuol, 1942; Mariño, 1998). It is therefore remarkably interesting to study the extent to which political, economic and legal variables determine constitutional replacement across these five legal systems, both from an empirical and comparative perspective.

Hypotheses

Based on the preceding discussion, this study mainly tests the four following hypotheses:

- H1) First, it is expected that under instable political and economic conditions, the probability of constitutional replacement will increase. In this regard, adverse political and economic conditions may operate as risk factors of constitutional replacement.
- H2) Second, it is hypothesized that constitutions which diffuse political power, including institutions such as bicameralism or constitutional review, may tend to last longer than other constitutions.
- H3) Third, content wise, it is expected that those constitutions which cover a large number of themes and details might be prone to constitutional replacement.
- H4) Finally, following Lutz (1994), it is predicted that constitutional amendment may act as a protective factor of constitutional replacement. In other words, as the number of constitutional replacement increases, the number of constitutional replacement will tend to decrease.

Method section

Case selection

Following the functional method (Zweigert and Kötz, 1992), the selection of legal systems responds to *praesumptio similitudinis*, an assumption that advocates for the commonalities of the cases that are included in the sample and the universality of certain legal ideas. This claim might be appropriately translated into the constitutional realm, in which the practice of constitutional replacement in the Andean region has had a somehow similar development (Elkins et al., 2009). Other functional equivalencies are also given by some common environmental and design characteristics, such as type of government (presidentialism), ethnicity, language, geographical proximity, authoritarian and democratic regimes, among others. Notwithstanding, the selection criteria is complemented by some methodological prescriptions, that is, selecting cases in which some variation in the dependent and independent variables are present. In the case of constitutional replacement, the dependent variable has widely varied among all five countries, e.g., Bolivia, Ecuador and Venezuela have enacted four constitutions, Peru has enacted two and Colombia only one constitution since 1846. Moreover, all explanatory variables differ depending on the time and country of analysis. Consider, for example, that all countries have faced periods of democratic and de facto regimes or bumpy changes of their economic conditions.

Casting the net wide

Comparatively speaking, although functionalism may be appropriate as a starting point, it may also be insufficient to describe political and economic interactions.

Furthermore, functionalism proves inadequate, as this research does not seek to find one-size-fits-all solutions. It rather seeks to improve a cross-national understanding of constitutional change, by showing the impact of endogenous and exogenous, legal and non-legal variables on the frequency of constitutional replacement.

As this paper aims at understanding which variables determine the probability of a constitution being replaced, Cox's proportional hazard regression – a particular type of survival statistical analysis which “assumes that each covariate (independent variable) has a proportional and constant effect on the risk” of constitutional replacement (Negretto, 2012, p. 770) – will be used to analyze data. The extent to which political, economic, and legal factors produce constitutional replacement can be determined through statistical survival analysis. Survival analysis is often employed by political scientists to predict the length of civil wars, the duration of legislative-executive coalitions, or the stability of trade agreements between countries, among other phenomenon. Survival analysis “is a collection of statistical procedures for data analysis for which the outcome variable of interest is time until an event occurs” (Kleinbaum and Klein, 2006, p. 4). This kind of analysis is also employed by physicians or biologists to study which factors increase or decrease the risk of developing mortal diseases or even dying because of them.

Data Collection

Data on constitutional replacement between 1946 and 2016 were gathered on an original database. This database contained 316 observations, which corresponded to 19 constitutions, 15 of which were enacted after 1946. The other four observed Constitutions were enacted in 1945 in the case of Bolivia, 1886 in the case of Colombia, 1922 in the case of Peru, and 1936 in the case of Venezuela. The database contains information on the following explanatory variables:

Outcome

Constitutional Replacement (dependent variable): As previously remarked, constitutional replacement is defined as the complete substitution of an expiring constitution and the adoption of a formally labeled “new constitution.” Both the number of constitutions per country and the time (in number of years) from enactment until replacement were gathered in the database.

Democratic/*De facto* Political Regime: This variable captured whether constitutional replacement happened when the country under study was ruled by a democratically elected government or a *de facto* regime (non-democratically elected government). A dichotomous indicator was created to capture democratic and non-democratic governments (1= democratic, 0= *De facto*).

Economic Situation: This variable captured two continuous indicators. On the one hand the annual percentage growth rate of GDP per capita, and on the other hand, the annual rate of inflation. The first variable was originally gathered by Elkins et al. (2009) based on Prezworski and Curvale's Database (2005). The second variable was originally gathered by Negretto (2008). Missing information was updated on the basis of the World Bank Databank.

Bicameralism: A dichotomous variable was created to capture whether the enacted Constitution instituted a bicameral legislature or not (1=bicameralism, 0= not bicameral).

Constitutional review: A dichotomous variable was created to capture whether the enacted constitution instituted constitutional review, meaning that the Judiciary or a special body of judges is entitled to control the supremacy of the constitution (1=if constitutional review was stipulated in the constitution, 0=if not).

Length: Representing the total number of words of each constitution. As a constitution includes a higher number of words, it is assumed that it covers more details and themes.

Amendment rate: An indicator of the number of amendments divided by the number of enacted constitutions was included in the analysis.

In this regard, variables b and c strictly refer to political and economic conditions, and variables d, e, f refer to legal determinants because they are directly related with the design of a constitution. Variable g is related to both constitutional design and political practices.

Limitations

Empirical comparative analysis entails several restrictions that might be acknowledged. First, constitutional replacement, although functionally defined as a legal mechanism intended to redesign fundamental institutions, it has produced extensive constitutional change, as well as what some authors have come to label as "cosmetic" change (Sáez, 1994). A "cosmetic" change mainly refers to marginal alterations on formal aspects of the content of a constitution, without major changes on substantive institutions. To illustrate, major changes happened when the 1886 Colombian Constitution was replaced in 1991. Indeed, economic, social and cultural fundamental rights were included on the Constitution. Briefly, among the most important changes, a decentralized form of government was introduced, social, cultural and economic rights were included in the text of the Constitution, and the Constitutional Court was also created. These institutions radically changed the governance structure of the Colombian Government and its influence on the whole society (Uprimny, 2002). Contrariwise, the 1967 Ecuadorean Constitution

did not include any major reform to its 1946 predecessor (Salgado 2000). In spite of drastic changes, in the case of Colombia, and “cosmetic” ones, in the case of Ecuador, they are both undertaken as constitutional replacement following the information of the Political Database of the Americas (Georgetown University). This limitation also affects other variables such as bicameralism, constitutional adjudication or amendment, which respond to a generic denomination but may operate distinctively among countries, depending on its institutional configuration.

The second limitation is mainly related with quantitative analysis restrictions. This type of analysis might be effective when examining large sets of cases, but worthless when exploring the intricacies of any particular case, in which qualitative instruments may be required. Finally, a whole set of new variables need to be introduced into the analysis in order to capture the complexity of some social phenomena. In this regard, the variables that were included into the present study were restricted due to feasibility constraints.

In spite of these limitations, empirical comparative analysis helps scholars to examine legal phenomena on a scientific, disciplined, interdisciplinary and systematic basis (Hirschl 2005). In words of William Thomson (1981, p. 80), “when you can measure what you are speaking about and express it in numbers, you know something about it; but when you cannot measure it (...) your knowledge is of the meagre and unsatisfactory kind”. This wisdom was not so long ago exclusively applicable to natural and a selective group of social sciences. Nonetheless, legal researchers have now settled that quantitative approaches are central to legal progress. In the realm of constitutional studies, the usage of quantitative techniques is relatively recent. Consider, for instance, the study conducted by Elkins, Ginsburg and Melton (2009), which puts a new spin on a largely hackneyed constitutional question: why do some constitutions survive longer than others?

Results

The results of the quantitative analysis are presented in Table 2. When coefficients are positive, variables tend to act as risk factors. Put simply, those positive coefficients show that a particular variable increases the probabilities of constitutional replacement. Conversely, when they are negative, the risk of constitutional replacement decreases. Furthermore, if the value of the coefficient is closer to 0, the impact of the variable on constitutional replacement decreases. A value of 0 therefore identifies a null effect of a particular variable over constitutional replacement. On the contrary if the coefficient is larger than 0, whether positive or negative, the variable will tend to have a larger impact on constitutional replacement. Standard errors are reported between parentheses. As standard errors increase, reliability decreases. Finally, it is worth noting that the asterisk sign (*)

represents that the relation between the dependent and independent variable is statistically significant, or stated differently, the correlation between those two relations is not due to chance.

Table 2 Determinants of Constitutional Replacement

Democracy	-1,667*	(0,87)
GDP	0	(0,001)
Inflation	0,014	(0,129)
Bicameralism	-4,492**	(1,328)
Constitutional Review	-0,025*	(0,421)
Length	0	(0)
Amendment rate	-20,97**	(6,938)

Log pseudo-likelihood 91,083

N=313

Statistically significant at * = $p < 0.05$; **= $p < 0.05$

Following the preceding logic, it is necessary to analyze the effect of each variable, and cautiously reject or accept the proposed hypotheses.

Democratic and authoritarian regimes

Initially, it was hypothesized that adverse political and economic conditions may increase the probability of constitutional replacement. Regarding political regimes, the results confirmed previous expectations. When universally elected officials were in the government, constitutional replacement was less likely to occur. This result is largely backed up by prior literature that links democratic regimes with a larger number of veto players and a relative balance of political power between branches (Dahl, 1973). Although the overall effect of democracy as a political regime is beneficial for the preservation of constitutions, it is worth indicating that in all five countries at least one constitution was replaced when democratic governments were in office. In the case of Colombia (1991) and Bolivia (2009) constitutional replacement did not respond to an immediate regime transition. Indeed, democracy was already adopted since 1957 in Colombia and in 1985 in Bolivia, without a major alteration of the Constitution. In other cases (Ecuador 1978, Peru 1979, and Venezuela 1972) constitutional replacement occurred just

amidst the transition from authoritarian or interim governments to democratic regimes (Hagopian and Mainwaring, 2005).

GDP and Inflation

The results concerning economic variables are not consistent with previous theoretical statements. Certainly, it was assumed that negative economic growth and positive economic inflation would increase the probability of constitutional replacement (Przeworski, 1988). According to the analysis, constitutions were replaced despite negative or positive growth of economic indicators. Nevertheless, it should be asserted that on average Colombia depicts the best economic indicators and is also the country which replaced its constitutions less number of times than other countries.

Bicameralism

In all examined constitutions, legislatures were organized either as unicameral or bicameral systems, by incorporating a house of representatives or deputies and a senate. Particularly, quantitative analysis shows that when bicameralism is instituted by a constitution, it lessens the probabilities of constitutional replacement. This specific variable has a large preventive effect. According to the arguments discussed in the first section, bicameralism was expected to increase the lifespan of a constitution because it diffuses political power, creating at the same time stable and plural political environments (Negretto, 2008).

Nevertheless, it should be asserted that several bicameral legislatures also functioned when authoritarian or interim regimes ruled countries. This was the case of the 1967's Ecuadorean Constitution, which instituted the Senate and the House of representatives, and was replaced in 1978. Between 1967 and 1978, Ecuador experienced periods of democracy, but mostly authoritarian regimes. Under these circumstances it is questionable, at the very least, to affirm that bicameralism fomented stable and plural political environments. Despite that fact, bicameralism represents a special institutional layout that hampers political agreements seeking to replace constitutions. Undeniably, as bicameralism generally entailed the diffusion of power among a larger number of legislative actors, constitutions were better preserved in bicameral systems (Colombia 1886, which was replaced in 1991, Bolivia 1967, which was replaced in 2009). Results are therefore consistent with this line of thought. In spite of the fact that bicameralism decreases the risk of constitutional replacement, only Bolivia (provision 149) and Colombia (provision 104) currently preserve bicameral legislative structures, whereas Ecuador, Peru, and Venezuela have unicameral legislatures.

Constitutional Review Proceedings

As shown in Table 2, the implementation of constitutional review proceedings slightly reduces the risk of constitutional replacement. In spite of this minor effect, a more significant preventive action was expected, as constitutional review allows judges to examine and evaluate acts and norms originated in the Legislative and Executive branches. Besides being an important instrument for checks and balances in democratic States and a useful instrument to correct law, constitutional review can also reshape political conditions of a country, depending on local features (LaPorta et al., 2004). Consequently, constitutional review was expected to contribute to a better adaptability of constitutions to new policy environments. In accordance to the results, there is no sufficient evidence to assert that the implementation of constitutional review proceedings may extend the lifespan of constitutions.

The effect of constitutional review might be as central as originally predicted because it was only adopted after 1980: Bolivia (1994), Colombia (1991) Ecuador (1978), Peru (1980), and Venezuela (1999). Out of these five constitutions, only the 1991's Colombian Constitution has been preserved so far. This finding might be correlated with the fact that the Colombian Constitutional Court has been documented as one of the few courts that consistently delivers high-quality judicial decisions and checks the elected political branches in the region (Rodríguez-Raga, 2011; Uprimny and Villegas, 2004).

Length

Several scholars emphasize that constitutions should regulate fundamental institutions. Otherwise, as its breadth increases, so does the risk of constitutional replacement (Elkins et al., 2009). It is logical to assume that longer constitutions (in terms of number of words), may cover more details and themes than shorter ones. Longer constitutions were expected to be replaced more frequently than shorter ones. Despite this claim, the results show that both short constitutions (Bolivia 1945, which included 9371 words, or Venezuela 1953, which contained 10240 words) and extensive ones (Ecuador 1998, which contained 29282 words) were equally replaced.

Rosenn (1990) notes that Latin American constitutions were generally drafted by ordinary legislatures, instead of constituent assemblies. As a consequence, constitutions were designed as if they were ordinary laws, including ordinary legislative duties. To an extent, this 'ordinarization' of constitutions might be illustrated by the length of its text. This claim is not free of contradiction. In fact, all five constitutions enacted after 1990 were drafted by constituent assemblies.

In any case, the length of each constitution does not appear to affect constitutional replacement. It should be remarked, for instance, that as time passes by constitutions are getting longer in the five observed countries (the Ecuadorean 2008 constitution being the longest one with 54684 words).

Amendment rate

Regarding amendment procedure², it was predicted that the risk of constitutional replacement would decrease as the number of amendments increases. In this line of thought, amendments were conceived as mechanisms that allowed the continuity of a constitution without a disruptive effect or such high political costs as constitutional replacement. According to Table 2, amendment rate has a significant effect over constitutional replacement, although not reliable enough when compared to other variables (due to its variability). This effect can be illustrated by the case of the Colombian 1886 Constitution, which endured for 95 years and was amended 36 times. Conversely, the effect of amendment over replacement rests controverted in the case of the Venezuelan 1961 Constitution, which was replaced in 1999, and was amended only twice or the Bolivian 1967 Constitution which endured for 42 years and was amended on five occasions.

Particularly, the case of Colombia was intriguing due to the large number of amendments. When reviewing the Colombian amendment procedure it was noted that both replacement and amendment could be done through the same procedure. In fact, the 1886's Colombian Constitution did not make any distinction between amendment and replacement, but just provided for the 'reform' of the constitution³. As interpreted by Colombian legislators, reform could be partial, being an equivalent of amendment, and total, being an equivalent of replacement. Besides, as provided in the Colombian Constitution, a bicameral legislature was the main actor involved in the reform of the Constitution.

In other cases, Constitutions, which were not amended, never endured more than thirteen years (i.e. Ecuador 1967-1978, Venezuela 1953-1961). Therefore, it should be conceded that those constitutions that are partially amended more frequently are less susceptible of being replaced.

2 Finally, unlike amendments in the USA, amendments in the five examined countries directly alter and replace the text of the original constitution.

3 In fact, provision 209 stated that, the 1886's Colombian Constitution 'may be reformed by a legislative act, discussed and passed after three separate readings in the usual manner by Congress, submitted by the Government to the following Congress for its definite action, and discussed and finally passed in the latter by two-thirds of the members of both houses.'

Conclusions

Defying the consensus among constitutional theorists that constitutions are meant to be entrenched, constitutional replacement has been a common practice among the five studied countries between 1946 and 2016. This contribution aimed at bridging the gap between constitutional theory and the practice of constitution-making by providing an empirical account of the determinants of constitutional replacement. According to the analysis hereby presented, variables such as democracy, bicameralism, and amendment rate operate as preventive factors of constitutional replacement. Conversely, the analysis shows that economic variables and the length of a constitution do not affect the probabilities of constitutional replacement.

Democracy, bicameralism and amendment rate increase the life expectancy of a constitution. Particularly, bicameralism and constitutional amendments are found to be good predictors of constitutional endurance among the five studied countries. These findings suggest that legal remedies for constitutional mortality are in the hands of constitutional drafters. Although exogenous factors determine the stability of a political regime, legal institutions could mitigate undesired political effects, especially under highly instable political and economic environments. These findings call for future research on how institutional designs might contribute to the preservation of constitutions, even in spite of adverse political and economic conditions. If one assumes that old-age constitutions are desirable, isolating other characteristics of a long-lasting document could offer critical insights for future constitutional drafters.

Methodologically, this paper attempted to unify empirical and comparative analyses and implement these approaches to reflect on the state of the art of constitutional replacement in the Andean region. Despite its innovativeness, the preceding analysis is unavoidably incomplete mainly because of two reasons. First, political, economic, social and legal variables should be added into quantitative analysis. For instance, type of State (whether federal or unitarian), type of judicial review, or social factors such as ethnicity, heterogeneity or religion might provide a better understanding of constitutional replacement. Second, qualitative methodological techniques, such as expert interviews and surveys, might also enhance comparative constitutional analysis because they portray higher validity and reliability, as experts are acquainted with formal and informal sources of information, which remain inaccessible to other people (Saiegh 2009).

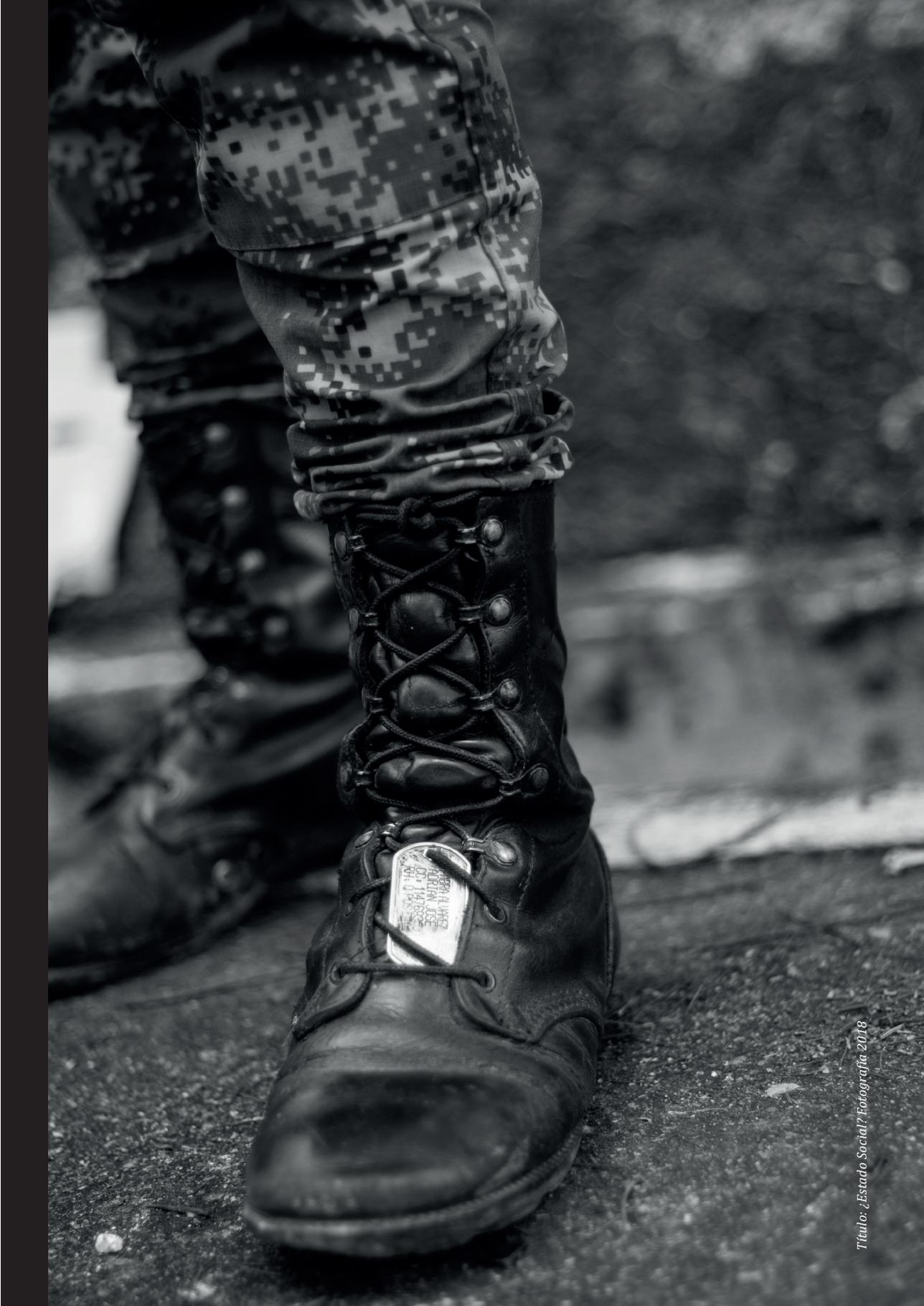
References

- Ackerman, B. (2000). *We the People, Volume 2: Transformations*: Harvard University Press.

- Adams, M. (2014). Disabling constitutionalism. Can the politics of the Belgian Constitution be explained? *International Journal of Constitutional Law*, 12(2), 279-302.
- Adams, L. H. J., & Griffiths, J. (2012). Against comparative method: Explaining similarities and differences. *Practice and theory in comparative law*, 279-301.
- Bernal, C. (2013). Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International journal of constitutional law*, 11(2), 339-357
- Colomer, J. (2016). *The Handbook of Electoral System Choice*: Springer.
- Cordeiro, J. L. (2008). Constitutions around the world: a view from Latin America. Institute of Developing Economies Paper No. 164.
- Dahl, R. A. (1973). *Polyarchy: Participation and opposition*: Yale University Press.
- Elkins, Z., Ginsburg, T., & Melton, J. (2009). *The endurance of national constitutions*: Cambridge University Press.
- Elster, J. (1995). Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Journal*, 45(2), 364-396.
- Elster, J. (1998). *Deliberative democracy* (Vol. 1). Cambridge University Press.
- Fortoul, J. G. (1942). *Historia constitucional de Venezuela* (Vol. 1). Editorial "Las Novedades".
- Hagopian, F., & Mainwaring, S. P. (Eds.). (2005). *The third wave of democratization in Latin America: advances and setbacks*. Cambridge University Press.
- Hardin, R. "Why a Constitution?", in Bernard Grofman and Donald Wittman (eds.) "International Library of Critical Writings in Economics 166 (2003): 240-261.
- Hardin, R. (2013). Why a Constitution? *The Social and Political Foundations of Constitutions*, 51-72.
- Hirschl, R. (2005). The question of case selection in comparative constitutional law. *The American Journal of Comparative Law*, 53(1), 125-155.
- Hooghe, L., Bakker, R., Brigevech, A., De Vries, C., Edwards, E., Marks, G. & Vachudova, M. (2010). Reliability and validity of the 2002 and 2006 Chapel Hill expert surveys on party positioning. *European Journal of Political Research*, 49(5), 687-703.
- Jenkins, S. P. (1995). Easy estimation methods for discrete-time duration models. *Oxford bulletin of economics and statistics*, 57(1), 129-136.
- Kaplow, L. "Rules versus standards: An economic analysis." *Duke Law Journal* (1992): 557-629.
- Kleinbaum, D. G., & Klein, M. (2006). *Survival analysis: a self-learning text*. Springer Science & Business Media
- King, G., Keohane, R. O., & Verba, S. (1994). *Designing social inquiry: Scientific inference in qualitative research*. Princeton University Press.

- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Pop-Eleches, C., & Shleifer, A. (2004). Judicial checks and balances. *Journal of Political Economy*, 112(2), 445-470.
- Levinson, S. (2011). *Constitutional faith*: Princeton University Press.
- Lijphart, A. (2004). Constitutional design for divided societies. *Journal of democracy*, 15(2), 96-109.
- Lutz, D. S. (1994). Toward a Theory of Constitutional Amendment. *American Political Science Review*, 88(02), 355-370.
- Mariño, L. C. (1998). *Apuntes de historia constitucional y política de Colombia*. Fundacion Universidad de Bogota Jorge Tadeo Lozano.
- Negretto, G. L. (2008). *The durability of constitutions in changing environments: explaining constitutional replacements in Latin America*: Helen Kellogg Institute for International Studies.
- Negretto, G. L. (2012). Replacing and amending constitutions: The logic of constitutional change in Latin America. *Law & Society Review*, 46(4), 749-779.
- Ordeshook, P. C. "Constitutional stability." *Constitutional political economy* 3.2 (1992): 137-175.
- Pérez-Liñán, A., & Castagnola, A. (2014). Judicial Instability and Endogenous Constitutional Change: Lessons from Latin America. *British Journal of Political Science*, 1-22.
- Pérez-Liñán, A. (2010). El método comparativo y el análisis de configuraciones causales. *Revista latinoamericana de política comparada*, 3, 125-148.
- Powell, W. W., & DiMaggio, P. J. (Eds.). (2012). *The new institutionalism in organizational analysis*. University of Chicago Press.
- Przeworski, A. (1988). Democracy as a contingent outcome of conflicts. *Constitutionalism and democracy*, 59, 63-64.
- Rosenn, Keith S. "Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society." *The American Journal of Comparative Law* 38.4 (1990): 773-802.
- Rihoux, B., & Ragin, C. C. (2009). *Configurational comparative methods: Qualitative comparative analysis (QCA) and related techniques*. Sage.
- Ritchie, D. T. (2005). Organic Constitutionalism: Rousseau, Hegel and the Constitution of Society. *Journal of Law and Society*, 6(36).
- Rodriguez-Raga, J. C. (2011). Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. *Courts in Latin America*, 81.
- Sáez, M. A. (1994). ¿Por qué no la Segunda República Argentina?. *América latina hoy: Revista de ciencias sociales*, (7), 81-88.
- Saiegh, S. M. (2009). Recovering a basic space from elite surveys: Evidence from Latin America. *Legislative Studies Quarterly*, 34(1), 117-145.

- Salgado, H. (2000). La historia Constitucional de los Derechos Humanos en el Ecuador y sus antecedentes. *Revista Ruptura*, 1.
- Sollors, W. (1986). Beyond ethnicity. *New York: Oxford UP*, 647-664.
- Sutter, Daniel. "Durable Constitutional Rules and Rent Seeking." *Public Finance Review* 31.4 (2003): 413-428.
- Thomson, W. (1891). *Popular Lectures and Addresses, Vol 1*. London: MacMillan.
- Uprimny, R. (2002). Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas. *El debate a la Constitución*, 63-110.
- Uprimny, R. y García, M. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. *Emancipación social y violencia en Colombia*, 463-514.
- Weingast, B. (2006). Designing constitutional stability. *Democratic Constitutional Design and Public Policy*, 343, 347.
- Zweigert, K., & Kötz, H. (1992). *Introduction to comparative law*. Oxford University Press, USA.



Los medios de comunicación digital en la dinámica reciente de la diplomacia pública colombiana y la seguridad nacional en los gobiernos Uribe y Santos*

*Alix Cortés Dussán***

Resumen

El uso de los medios de comunicación en la política exterior colombiana ha sido estudiado desde una óptica esencialmente instrumental, es decir, como un simple canal para la transmisión de un mensaje. Sin embargo, dicho ejercicio maneja entretelas dignas de ser analizadas. El rol de los medios de comunicación; y especialmente de los medios de comunicación digital, inicia por un acercamiento entre la sociedad general y un ámbito internacional ajeno, incomprendido y abstracto. Por otra parte, también tiene el poder de orientar la opinión pública frente a temas coyunturales, polémicos o de altas repercusiones políticas. Los medios de comunicación digital se han posicionado como un escenario tácito adicional para el ejercicio de la política exterior a través de la diplomacia pública que tiene como objeto la capacidad de comunicar, de tejer alianzas para, en un último término, conseguir una mayor influencia en la escena global. (Ruíz, 2014, pág. 7). En ese sentido, la diplomacia pública se ve apalancada en las innovaciones mediáticas e impone desafíos a los canales tradicionales del ejercicio de la política exterior; e incide en contextos de alta sensibilidad como la seguridad nacional, las tendencias de integración y la inserción internacional. El presente documento busca categorizar el rol de los medios de comunicación digital en la diplomacia pública colombiana y la seguridad nacional en los gobiernos de Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos.

Palabras clave: política exterior; diplomacia pública; medios de comunicación; seguridad nacional; Colombia.

Digital media in the recent dynamic of Colombia's public diplomacy and national security in the Uribe and Santos' governments

Abstract

The use of media as a tool of foreign policy in Colombia has been studied from an essentially instrumental perspective, that is, as a mere channel for the broadcasting of a message. Nevertheless, that kind of exercise handles a lot of interesting attributes worthy of being analyzed. The role of the media, and especially, of the digital media, starts with an approach between the general society and the alien, misunderstood and abstract international environment. On the other hand, it also has the power to shape public opinion in the face of short-term, controversial or high political repercussions. Digital media have positioned themselves as an additional tacit scenario for the exercise of foreign policy through public diplomacy that has the purpose of communicating; weaving alliances to, in the final analysis, achieve a greater influence in the global scene. (Ruiz, 2014, page 7). In this sense, public diplomacy is leveraged in media innovations and imposes challenges to the traditional channels of the exercise of foreign policy, and affects contexts of high sensitivity such as national security, integration trends, and international insertion. This paper seeks to categorize the role of digital media in the public diplomacy and national security during the Alvaro Uribe and Juan Manuel Santos' governments.

Keywords: foreign policy; public diplomacy; digital media; national security; Colombia.

A mídia digital na dinâmica recente da diplomacia pública colombiana e a segurança nacional nos governos Uribe e Santos

Resumo

O exercício da mídia na política exterior colombiana tem sido estudado desde uma ótica essencialmente instrumental, isto é, como um simples canal para a transmissão de uma mensagem. Porém, tal exercício contém segredos dignos de serem analisados. O papel da mídia e especialmente da mídia digital, começa por uma aproximação entre a sociedade geral e um âmbito internacional alheio, incompreendido e abstrato. Por outro lado, ele também tem o poder de orientar a opinião pública diante de assuntos conjunturais, polémicos ou de altas repercussões políticas. A mídia digital tem se posicionado como um cenário tácito adicional para o exercício da política exterior através da diplomacia pública que tem como objetivo a capacidade de comunicar, de tecer alianças a fim de, em última análise, conseguir uma maior influência no cenário global. (Ruiz, 2014, pág. 7). Nesse sentido, a diplomacia pública vê-se alavancada nas inovações mediáticas e impõe desafios aos canais tradicionais do exercício da política exterior; e incide em contextos de alta sensibilidade como a segurança nacional, as tendências de integração e a inserção internacional. Este artigo visa categorizar o papel da mídia digital na diplomacia pública colombiana e a segurança nacional nos governos de Álvaro Uribe e Juan Manuel Santos.

Palavras-chave: política exterior; diplomacia pública; mídia; segurança nacional; Colômbia.

* Artículo de Reflexión. Línea de investigación: Políticas y Modelos en Seguridad y Defensa. Grupo de Investigación: Centro de Gravedad. Escuela Militar de Guerra.

** Comunicadora Social y Periodista de la Universidad del Quindío. Candidata a Magíster en Seguridad y Defensa Nacionales de la Escuela Superior de Guerra. Se ha desempeñado como asesora de comunicaciones estratégicas para la Jefatura de Ingenieros Militares y la Escuela Militar de Cadetes del Ejército Nacional. Correo electrónico: alix.dussan@gmail.com

Los medios de comunicación digital en la dinámica reciente de la diplomacia pública colombiana y la seguridad nacional en los gobiernos Uribe y Santos

Introducción

Tradicionalmente la política exterior colombiana ha sido uno de los dominios más abstractos de las esferas del poder nacional en el marco del imaginario colectivo. Su quehacer y proyección en contextos internacionales ha hecho uso de mecanismos de profunda tradición y ornato. Esa carga heráldica y ceremoniosa asociada a las jerarquías sociales de alto nivel, mantuvo ajeno el ejercicio diplomático respecto de la sociedad en general (Borda, *Medios de Comunicación y Política Exterior en Colombia*, 1997, pág. 2), aun cuando la política exterior se deba a ella a través de la búsqueda del interés nacional. Esto generó de hecho una dualidad en la imagen del Estado: uno es el país que se proyecta afuera y otro el que se materializa fronteras hacia adentro. De ello da cuenta el balance el Senado de la República en 2007 cuando apunta el hecho de que la política exterior colombiana es esencialmente de gobierno y ello ha creado dualidades y ambigüedades en la percepción de la imagen del Estado en el sistema internacional y en la nación (Galán, 2007, pp. 1964 -168).

En ese contexto tradicional del quehacer diplomático, las comunicaciones constituyeron una herramienta tan útil, como necesaria. Los mecanismos y protocolos de su desarrollo fueron estrictamente controlados y regulados por décadas. Las notas, las actas, las proclamas, las declaraciones, las protestas, las reversales, entre otras; han sido y siguen siendo el *corpus* documental diplomático oficial de los Estados para la transmisión de mensajes e intenciones. No obstante, las nuevas tendencias y usos de los medios de comunicación empezaron a filtrar los escenarios ordinarios de comunicación política en general. En nuestros días resulta hasta cierto punto común encontrar a jefes de Estado, alcaldes y figuras públicas emitiendo mensajes políticos por medios no convencionales de tipo digital. Ello a su vez permitió a la sociedad una forma de interacción casi directa con estas personas, transformando radicalmente el modo en que se proyecta la política, en que se ejerce la comunicación y en el que participan los emisores y receptores.

La política exterior no es la excepción a esta tendencia. A todas las formas tradicionales antes mencionadas se suman nuevas prácticas de comunicación que hicieron más cercana, pública y visible la labor y el día a día de la política exterior. Esto tuvo, como una de muchas consecuencias la exacerbación de la diplomacia pública entendida como el intento de:

(...) influir en las actitudes del público en la formación y en la ejecución de la política exterior. Incluye dimensiones de las relaciones internacionales más allá de la diplomacia tradicional tales como el cuidado de la opinión pública foránea, la interacción con grupos e intereses privados en un tercer país, la presentación de informes sobre los asuntos exteriores y su impacto en la política, la comunicación entre diplomáticos y corresponsales y el desarrollo de los procesos de comunicación intercultural (Hansen, 1984, pág. 11)

Al respecto, vale la pena también acotar las consideraciones de Víctor Oviamionayi (2004), quien refiere que la diplomacia pública engloba a todos aquellos programas, tanto de información política como cultural y educativa que cada gobierno soberano destina para defender y promocionar su política exterior y la imagen nacional de su país ante los gobiernos y los públicos extranjeros y nacionales.

De lo anterior descuellan algunos elementos iniciales que es necesario considerar en el marco del presente análisis. El primero de ellos consiste en la imagen del Estado en el contexto internacional. Este es el núcleo de la diplomacia pública desde que su concepto fue introducido y aplicado especialmente en la política exterior norteamericana. Otro gran elemento que participa en los debates sobre la diplomacia pública es el de la modelación de opinión. Esta puede tomarse como una consecuencia directa de la imagen proyectada por el Estado y funciona en dos escenarios simultáneos que son la opinión pública nacional y la internacional. Ejemplo de lo anterior se puede evidenciar en el caso venezolano contemporáneo en el que las acciones del mismo han desprestigiado su imagen en el sistema internacional y como consecuencia directa es posible encontrar una opinión pública de amplio rechazo fundamentada en la violación de derechos, principios y valores

Otro elemento que interviene en las consideraciones sobre la diplomacia pública es el de la interacción con grupos sociales y empresariales, debido a que en su afán de llevar la diplomacia más allá de las esferas tradicionales, dicha diplomacia constituye en sí misma una vocación diferencial orientada al acercamiento con comunidades, sociedad civil en general y grupos empresariales quienes dinamizan los procesos de integración comercial, libre tránsito de bienes, servicios y personas en la llamada tercera ola de la globalización (Martell, 2007, pág. 6).

Un último aspecto, hace referencia al impacto de la diplomacia pública en la política. Una labor de política exterior soportada sobre los tres elementos anteriores busca tener como consecuencia un impacto general en la política del Estado para la obtención del interés nacional de manera pacífica y ventajosa. Lo

anterior trae a colación las tesis de Joseph Nye acerca del *soft power* y el *smart power* que explican el uso de las ideas, la fortaleza institucional, los valores, la cultura, la seguridad compartida y la integración diplomática como elementos para la materialización del interés nacional y la proyección del Estado en el sistema internacional (Nye, 2011, pág. 4). Cada uno de estos elementos hace parte de la categorización de la diplomacia pública como catalizadora de la agenda nacional en materia de relaciones internacionales y de seguridad y defensa nacionales.

En ese sentido, y a manera de hipótesis, sería posible aseverar que Colombia ha venido insertándose y evolucionando en las prácticas de la diplomacia pública coincidente con la exacerbación en el uso de los medios de comunicación digital¹ desde inicios de la década de 2000, en donde a la luz de atributos como la centralización, racionalidad, oportunidad y criterio, es posible identificar los saltos estratégicos y las diferencias entre los gobiernos de Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos. Por cuenta de la diplomacia pública, Colombia ha conseguido reformar la imagen del Estado frente a una amplia gama de dominios; y así mismo ha llegado a incidir en la construcción de la agenda de seguridad nacional.

En función de lo anterior, el presente documento busca analizar el rol de los medios de comunicación digital en la diplomacia pública en Colombia respecto a la fijación de estrategias de seguridad nacional en los gobiernos de Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos. Para ello, en una primera instancia, se estudiarán los atributos de los medios de comunicación digital como nueva tendencia en política exterior en Colombia. Posteriormente se hará una aproximación al valor estratégico de los medios de comunicación digital en el ejercicio de la diplomacia pública en Colombia; y por último, se buscará categorizar el rol de los medios de comunicación digitales sobre las dinámicas de la diplomacia pública, la seguridad y la defensa en Colombia como tendencia reciente en la política exterior, especialmente desde los gobiernos de Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos.

La metodología utilizada en el proceso de investigación responde a un análisis correlacional, comparativo y hermenéutico, en el que a través de la categorización del carácter estratégico de los medios de comunicación digital, se busca establecer de forma comparada la incidencia de ellos sobre la diplomacia pública y los procesos de construcción de agendas de seguridad entre los gobiernos Uribe y Santos.

Las conclusiones generales que derivan de este documento señalan una diferencia estratégica importante entre Juan Manuel Santos y Álvaro Uribe en el uso de los me-

1 Se entiende por medios de comunicación digital todos aquellos instrumentos y plataformas de orden electrónico que utilizan el espectro cibernético para ejecutar su función de transmisión de mensajes partiendo de emisores diversos a un universo amplio de receptores en una dinámica similar a la comunicación análoga pero con impacto, alcance y efecto de inmediatez más elevado; y a su vez una naturaleza ambivalente en el rol de los actores que toman parte en estos procesos. Difiere de los medios tradicionales en la medida en que los medios de comunicación digital operan en un espectro de hiperconectividad asociados al Big Data con multiplicidad de dispositivos y actores en una lógica de simultaneidad entre el hecho y la comunicación del mismo. (World Economic Forum, 2016, pp. 5-7)

dios digitales de comunicación para el desarrollo de la diplomacia pública. Aspectos como la masificación de la tecnología en las capas de la sociedad y la internalización del espectro digital en las instituciones públicas explican en parte esas diferencias; pero existen además atributos especiales que le dan a los gobiernos de Juan Manuel Santos un grado de madurez más elevado en el uso de estas herramientas. Esto tiene efectos directos en el desarrollo y proyección de las agendas de seguridad del Estado, especialmente cuando se tiene en cuenta que la diplomacia es una más de las estrategias de seguridad nacional en países con altos niveles de consolidación institucional.

En lo que concierne al estado del arte y la cuestión, los debates contemporáneos sobre la incidencia de los medios digitales de comunicación en las diferentes aristas de la vida social e institucional inician a partir de la década del 2000 pero se vigorizan especialmente desde 2005. Este objeto de investigación tiende a concentrarse en Europa, donde Gran Bretaña ostenta un importante número de estudios al respecto en el seno de Universidades como la de Manchester, Salford y el propio Ministerio de Asuntos Exteriores. Estados Unidos también cuenta con análisis de importancia realizados por universidades como la de Southern-California y el Congreso de la República, en donde se destacan las consideraciones acerca de la incidencia de los medios de comunicación digital en las instituciones políticas y la diplomacia.

La producción al respecto en América Latina no resulta tan copiosa y menos aun cuando se sujeta a las consideraciones y efectos sobre agendas de seguridad. Evidentemente Brasil representa una ligera excepción por cuanto su diplomacia detenta capacidades y alcances de gestión mucho más elevadas que las de sus homólogos regionales y en ese sentido, el asunto de la diplomacia pública y los medios de comunicación digital se ha empezado a desarrollar desde el año 2016 y 2017 (Krammer, 2017)

De tal forma, el tema de discusión que nos ocupa es hasta cierto punto actual y por tanto, constituye un elemento válido de análisis toda vez que su novedad no es solo bibliográfica, sino normativa, institucional y social; lo que nos enfrenta a un escenario prospectivo de múltiples proyecciones, oportunidades y desafíos que merecen ser estudiados.

Los medios de comunicación digital: nueva tendencia en política exterior

“La comunicación digital, y dentro de ella las redes sociales han determinado el desarrollo de la política internacional” (Bjola & Jang, 2015, pág. 2). Afirmaciones como esta hacen posible pensar en un movimiento importante en las barreras del análisis de la política exterior contemporánea quien, junto con muchos otros sectores públicos, enfrenta una serie de cambios y desafíos importantes derivados de la hiperconectividad y la evanescencia de realidades institucionales que contengan y regulen las nuevas manifestaciones sociales tal como lo señala Arjun Appadurai en sus estudios sobre las dinámicas de la sociedad en el marco de la globalización (Appadurai, 2009).

En efecto, los medios digitales en la diplomacia suponen una alteración de mecanismos jerarquizados y escalonados de comunicación, imponen presiones sobre la forma organizacional de los Ministerios de Relaciones Exteriores para atender esta nueva demanda social y política; dirigen la atención hacia la población general en temas de política internacional; y por último, le otorgan a los diplomáticos una herramienta de constante monitoreo y reacción. Todo lo anterior constituye un compendio de innovaciones políticas y fenomenológicas que, sin duda, inciden en el desarrollo de la política exterior; y por ende, en los temas que ocupa su agenda. Dentro de ellos, el de la seguridad nacional.

Conscientes de esa realidad; o acaso por efecto de arrastre, actualmente existen cerca de 173 Estados con cuentas oficiales de Twitter, equivalentes al 90% de los miembros de Naciones Unidas. De la misma forma, el 88% de esos Estados tienen presencia en Facebook y 71% en Instagram (Costa, 2017, p. 139); lo cual indica la apropiación rápida de los Estados a las nuevas tendencias comunicacionales.

Esto implica un cambio en la forma de comunicación. Pamment sostiene que durante el siglo XX el ejercicio de la diplomacia pública se soportó esencialmente en la transmisión (*broadcasting*) mientras que para el siglo XXI, la actividad se circunscribe al diálogo (Pamment, 2012, p. 3); especialmente con la población común. Algo que no había tenido cabida en el desarrollo tradicional del quehacer diplomático.

Esto les da a los medios de comunicación un alcance en la diplomacia que puede ser dividido en tres grandes roles o espectros. Uno de influencia en la opinión pública, otro de canal para el diálogo entre Estados; y un rol de *bróker* o intermediario en relación con el público (Gilboa, 2012, p. 15). El cuadro a continuación busca esbozar algunos de los atributos generales de cada rol en la política exterior de un Estado.

Tabla 1. Roles de los medios de comunicación digital en la política exterior

1. Modelamiento de opinión pública	2. Canal de diálogo (o rompimiento) entre Estados	3. Bróker entre Estado y Sociedad
<p>Se presenta una exacerbación de la movilización masiva de la opinión pública que termina presionando y alterando el curso de acción de las decisiones políticas. Esto se conoce como efecto CNN a partir de la Guerra de Vietnam</p> <p>Tiene impacto en las demandas de la población</p>	<p>Puede estar asociado a la diplomacia ejercida por canales heterodoxos, más conocida como diplomacia de micrófono</p> <p>Presenta una mayor visibilización de los inconvenientes políticos internos, bilaterales o multilaterales</p>	<p>Funge como canal frente a la sociedad para la comprensión de asuntos complejos</p> <p>Permite al Estado hacer un mapeo de las reacciones sociales frente a un evento particular</p> <p>Puede contribuir a la desinformación</p>

Fuente: Gilboa 2001. Análisis y elaboración propia

Lo anterior hace trascender el análisis de la diplomacia digital de lo puramente comunicacional a las arenas de la influencia, el poder y la política (Costa, 2017, pág. 144). En ese sentido, se otorga a los medios de comunicación digital un carácter catalizador de la diplomacia pública (Glassman, 2008). Consciente de esa tendencia y sus alcances, el Foro Europeo de Diplomacia Pública de 2013 declaró que la diplomacia digital constituye el futuro de la diplomacia pública (Costa, 2017, p. 147)

Si se analiza el caso particular de Colombia, es posible evidenciar esa inmersión en la diplomacia digital de forma más clara a partir de los gobiernos de Juan Manuel Santos, debido a que sus periodos han coincidido con la masificación de los medios de comunicación digital; cosa que en los periodos de gobierno del expresidente Uribe Vélez, solo se pudo observar en las postrimerías de su mandato.

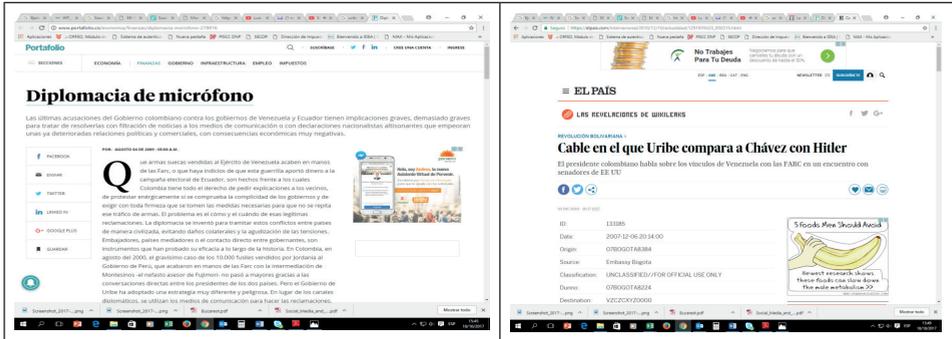
En aquel entonces, la participación de gobiernos y cancillerías en redes sociales era aún embrionaria y en ese sentido los medios digitales guardaron la lógica de transmisión y no de diálogo. Por ello, la innovación al respecto se suscribió a una mera ampliación de los canales informativos a medios digitales sin mayor oportunidad para la participación de otros actores. No obstante, sí se hizo evidente de una forma más clara la tendencia al uso de medios electrónicos por parte del gobierno colombiano. En ocasiones para animar la diplomacia de micrófono; en otras para desarrollar verdadera diplomacia pública. Lo anterior puede encontrar su evidencia empírica en las estrategias digitales de gobierno y política pública en Colombia. Durante el primer gobierno de Álvaro Uribe no existió realmente una estrategia a nivel nacional en ese sentido y las instituciones públicas, dentro de ellas, la Cancillería, no tenían plataformas orientadas a la facilitación de su ejercicio a través de medios de comunicación digital.

El Plan Nacional de Desarrollo 2002 – 2006 esboza en una de sus iniciativas la agenda de Gobierno en Línea (Departamento Nacional de Planeación, 2003, p. 138), pero su implementación efectiva se da en los planes de desarrollo 2006 -2010, 2010-2014 y 2014-2018, aparejadas con la modernización y simplificación de las estructuras institucionales públicas exigidas por la OECD para el país en su proceso de ingreso a la organización internacional (OECD, 2017).

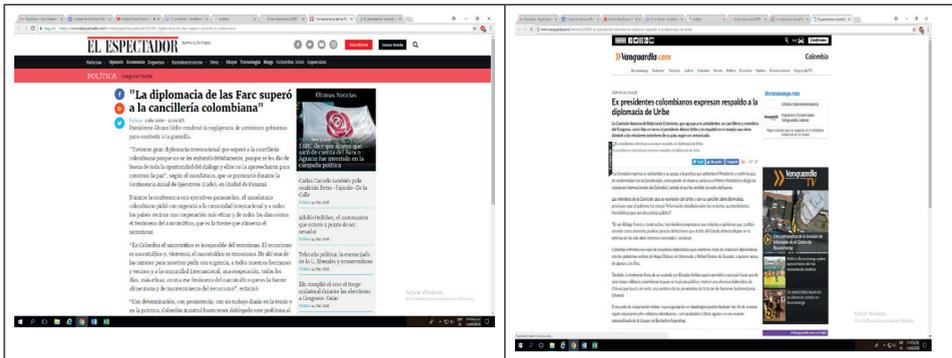
De la misma forma, las memorias al Congreso de la República hechas por el Ministerio de Relaciones Exteriores entre los años 2002 y 2006 no dan cuenta de elementos asociados al desarrollo de la diplomacia pública como lineamiento de gobierno; y mucho menos asociada a estrategias de comunicación digital. La única herramienta entonces es la página de internet cuyo uso se limita a la transmisión de información al ciudadano (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2003, P. 611), pero no desarrolla ninguno de los elementos de promoción de la imagen del Estado, no coadyuva a la generación de opinión pública ni hace más comprensibles los procesos de la política exterior del país en función de su interés y aspiración nacional.

Lo anterior le dejó a Uribe, como primeras herramientas de comunicación digital para el ejercicio de la diplomacia, las que proveyeron los medios en las postrimerías de su último gobierno, ya que el desarrollo de instrumentos propios aun no encontraba suficiente nivel de madurez en términos de formalización, capacidad, estandarización de procesos y profesionalización del uso de estos medios.

Tabla 2. Ejemplos que evidencian el uso de medios digitales no gubernamentales en asuntos diplomáticos durante el gobierno Uribe



Fuente: Portafolio & El País 2009



Fuente: El Espectador y La Vanguardia 2009

De tal suerte, con la exacerbación de los medios digitales en la política, y con el cambio de administración desde el año 2010, el gobierno de Colombia ha iniciado una estrategia de inclusión de medios digitales en su diplomacia pública con una orientación especial al rol número 3 de la categorización hecha por Gilboa, antes mencionada; acercándose así de una forma diferente y más directa al público general; algo que ciertamente no ha sido la usanza del ejercicio diplomático colombiano en su historia.

Al respecto, vale la pena analizar cómo el caso de Venezuela resulta diferente en su orientación, suscribiéndose más al rol número 2, por cuanto se evidencia un uso para profundizar la diplomacia de micrófono y la tensión entre gobiernos.

Tabla 3. Ejemplo de la diferencia en la orientación de la diplomacia pública digital entre Colombia y Venezuela con el uso de redes sociales



Fuente: Twitter 2017

De tal forma, la mezcla entre la evolución del uso de los medios digitales y el interés nacional de los gobiernos, arroja como resultado un variopinto escenario para la diplomacia pública que podría antojarse en ocasiones errático, o en el mejor de los casos oscilatorio entre los roles 2 y 3 guardando como constante el desarrollo del rol 1. Dicho de otro modo, los diferentes gobiernos transitan entre el uso de los medios de comunicación digital para establecer o deteriorar relaciones entre Estados; o bien, para generar mecanismos alternativos de acercamiento con la sociedad y siempre modelando la opinión pública.

De ahí se deriva el que los medios digitales de comunicación sirvan a múltiples propósitos en la diplomacia y la política exterior. En ocasiones fragmentan las relaciones entre estados, como el caso de Estados Unidos y la Unión Europea con motivo de las diferencias comerciales. En otras oportunidades ayudan a proyectar imágenes de confianza y fortalecimiento de relaciones bilaterales y multilaterales como ha sucedido en el caso de Colombia y los Estados de la Alianza del Pacífico, frente a su proyección diplomática regional.

En cualquiera de ambos ejemplos, se presentan los atributos de los medios de comunicación digital en la diplomacia pública: Proyección de imagen, generación de opinión e instrumento de comprensión de asuntos complejos

Tabla 4. Ejemplos del uso variable de los medios de comunicación digital en diferentes propósitos de la diplomacia pública



Fuente: CNN & Fox News 2017



Fuente: Twitter 2018

Estas dinámicas oscilatorias entre los distintos roles de Gilboa, dan cuenta de una ausencia de buenas prácticas y de fundamentación del ejercicio diplomático a

través de los canales de comunicación digital. Son excepcionales los casos como el británico en el que se reconoce la necesidad de un cuerpo constante de profesionales al frente del manejo de la diplomacia en este tipo de medios (Fletcher, 2017).

Esas falencias se deben, entre otras cosas, a la presión del tiempo real que imponen los medios digitales sobre la política y la diplomacia. Al respecto, Manor asevera que un manejo profesional de los medios digitales de comunicación precisa de un ciclo de compilación y análisis de la información para fijar una posición o determinación susceptible de ser transmitida; y así mitigar los seis riesgos a los que se enfrenta la diplomacia cuando de medios digitales se trata: i) Ética, ii) relevancia de los contenidos, iii) pluralidad de los canales iv) entrenamiento y buenas prácticas v) choques culturales y deterioro de la imagen del Estado vi) necesidades de tiempo (Manor, 2016, p. 78).

De esta forma, el ejercicio de la política exterior se ha visto abocado a recibir y adaptar las innovaciones que trae consigo el uso de los medios digitales de comunicación. Esto supone entre otras cosas, la necesidad de generar cambios organizacionales, de contemplar la necesidad de vincular un cuerpo de profesionales con exclusiva dedicación al manejo de los mensajes que por estos nuevos medios se transmiten; pero obligan especialmente a pensar la política exterior en función de esta nueva realidad, especialmente si se tiene en cuenta la amplitud del alcance de estos medios digitales en términos de su influencia sobre la opinión pública y las agendas internacionales de cada Estado.

Al respecto, es evidente la progresión del caso colombiano, en el que durante el primer gobierno del expresidente Uribe Vélez no se presenta mayor evidencia del uso de los medios digitales de comunicación en el ejercicio de la diplomacia pública, tal como se demostró anteriormente.

La tendencia se empieza a hacer más clara en las postrimerías de su segundo mandato en el que además confluyen una serie de episodios de tensión y crisis con gobiernos vecinos como Venezuela y Ecuador, que son ampliamente ventilados por medios digitales; y en cuyo caso, dichas plataformas han fungido como canales favorables a la diplomacia de micrófono. Las diferentes crisis diplomáticas con Venezuela en 2004 (Caso Granda), 2007 (Denuncias apoyo a FARC), 2008 (Bombardeo a Raúl Reyes), 2009 (Uso de bases militares en Colombia por soldados Norteamericanos), y 2010 (Denuncia ante la OEA de apoyo a terroristas), constituyen un ejemplo notable de ello.

De la misma forma, en los gobiernos Uribe, se aprecia una naturaleza de los medios digitales enfocada aún a la transmisión (*broadcasting*) en la medida en que la capacidad y alcance de los medios digitales de comunicación aún no desbordaba los límites de las tradicionales plataformas desarrolladas por las grandes compañías de medios. El uso de redes y por tanto, el acceso de las personas comunes al flujo de las comunicaciones no era una realidad evidente. Sobre esto, el

Media Development Investment Fund señala que el desarrollo de los medios de comunicación entendidos a través de su masificación digital, implican un cambio en la capacidad de incidencia de la sociedad civil en los procesos económicos, sociales y gubernamentales de un Estado (Media Development Investment Fund, 2014). Este no fue el caso en los gobiernos de Álvaro Uribe, dado el bajo nivel de desarrollo e internalización de los medios de comunicación digital en las capas gruesas de la sociedad civil.

Esta tendencia se altera en los mandatos de Juan Manuel Santos en donde se aprecia una vocación de los medios digitales orientada al diálogo, concomitante con la evolución que presentan ellos y su masificación en las clases populares de la sociedad quien pasa a tomar un papel más preponderante y activo en la generación de opinión pública; así como un uso de los medios de comunicación por parte del Estado enfocado en el establecimiento de puentes directos de comunicación; acaso con un mayor cuidado del manejo de la opinión pública.

Esto es señal de una suerte de aprendizaje institucional que ha venido presentando el Estado, y por tanto, da cuenta de una internalización del valor estratégico de los medios de comunicación digital en el ejercicio de la diplomacia pública.

Valor estratégico de los medios digitales de comunicación en la diplomacia pública en Colombia

En virtud de lo anterior, no resulta impreciso afirmar que los medios digitales de comunicación en la diplomacia ciertamente son algo más que una mera tendencia prescriptible en el mediano y largo plazo. Por el contrario entrañan un importante valor estratégico para los Estados en la medida en que i) constituyen una nueva forma de desarrollar el ejercicio que demanda la política exterior (Bjola & Jang, 2015), ii) representan un punto de inflexión respecto del acercamiento con la población civil a través de prácticas que nunca antes se habían desarrollado; permitiendo recibir y analizar las reacciones de la comunidad hacia temas pre-determinados y actuar en función de ello, lo cual implica a su vez iii) identificar la incidencia sobre la agenda exterior (Archetti, 2010, pág. 17); y iv) por último, representa una forma más ligera, inmediata y concreta de proyectar la imagen del país ante comunidades foráneas y otros gobiernos (Martin & Jagla, 2013); aspecto fundamental para efectos de la seguridad nacional.

De este modo, si nos enfocamos en el primer aspecto estratégico, hablamos de una forma diferencial de cumplir con la política exterior debido a que los medios de comunicación digital, a diferencia de los físicos poseen nulas limitaciones en los términos consignados en la tabla siguiente:

Tabla 5. Facultades de los medios de comunicación digital para el ejercicio de la diplomacia y la política exterior

Aspecto	Facultad	Ejemplo
Conectividad de información	Posibilidad de acceder a información multinivel interconectada por la red a través de enlaces directos.	
Interacción	Posibilidad de preguntar y/o responder a los contenidos publicados	
Actualización	Capacidad de subir y ver información en tiempo real y actualizada periódicamente	
Integración de actores	Capacidad de integrar en una sola plataforma digital a diferentes actores relacionados con un tema predeterminado, de interés de la Cancillería	

Fuente: Elaboración propia

La tabla anterior ilustra como ejemplo una publicación hecha por la Cancillería colombiana en una red social en la que se integran de alguna forma todas las facultades de la comunicación digital aplicada a la diplomacia pública y la política exterior². Todas estas capacidades y posibilidades son un elemento diferencial respecto de la forma de transmitir la información y ejercer la diplomacia pública. Al respecto, Schein señala que estos mecanismos directos e indirectos tienen un rol bastante importante en la tarea de esculpir, crear y perpetuar la cultura diplomática (1984, p. 14).

Esto nos conduce al segundo aspecto estratégico. La cercanía con la población general. Como se dijo anteriormente, la diplomacia y la política exterior estuvieron imbuidas en prácticas y representaciones altamente jerarquizadas y, acaso, inflexibles, que impedían desarrollar un acercamiento eficiente y ligero con la población civil. De la misma forma, la comunicación tenía un carácter eminentemente unidireccional desde el gobierno al ciudadano. Los medios digitales de comunicación también han alterado esa dinámica. Tal como lo menciona Jennifer Flórez:

2 La tabla 5 permite ver en su ejemplo la transmisión en vivo de una conferencia hecha por una institución a través de la plataforma electrónica de otra; en la que además se reciben de forma inmediata comentarios y reacciones del público en general. De esta forma, integra todos los elementos mencionados en la parte izquierda de la misma tabla

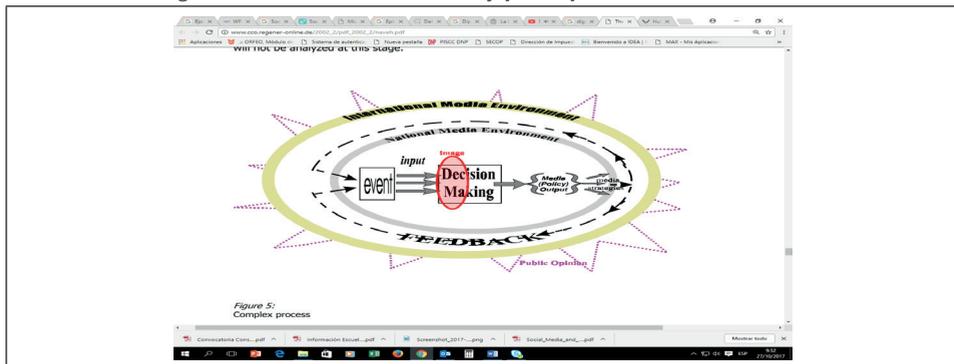
La nueva Diplomacia Pública está influenciada por la democracia, los movimientos populistas de apoyo a la opinión pública, competencia económica por la globalización, mayor oferta de bienes y servicios, revolución de los medios de comunicación, microredes (interacción social, asociaciones ONG's) y megaredes (políticas mundiales, de medioambiente y comercio, ONU, OMC, U.E.). Leonard (2009) explica el concepto de opinión pública global, al hecho de que por efecto de la globalización es muy difícil dividir la política exterior y la política doméstica, por lo tanto, los debates o problemas de un país se trasladan a otro en cuestión de segundos, convirtiéndolo en un tema internacional y en asunto global. Es por esto que la nueva Diplomacia Pública busca construir relaciones y reciprocidad para mejorar las relaciones internacionales y traer beneficio mutuo (educación, arte, ciencia, cultura). Por esto, Leonard (2009) plantea que “la confianza es un valor agregado que se construye en el día a día como resultado de otras acciones (Florez, 2011).

De este modo, los medios digitales de comunicación poseen el atributo estratégico de convertir al *staff* de la política exterior en facilitadores e intermediarios del diálogo entre redes gubernamentales y de la sociedad civil (Florez, 2011).

Por otra parte, el tercer aspecto estratégico habla de la incidencia de los medios digitales de comunicación en la formulación de la agenda nacional de política exterior. Al respecto, estudios hechos por Chanan Naveh, afirman que los medios están presentes en todas las etapas de la formulación de esta política por una sencilla razón: la forma que tienen los líderes políticos de enterarse sobre eventos externos o internos para la toma de decisiones es esencialmente a través de medios de comunicación (Naveh, 2002, p. 1) y especialmente de los medios digitales que exacerbaban los atributos de simultaneidad y actualización.

En este proceso participa además todo el universo de actores que hacen parte de ambiente de *inputs* que a su vez inciden en la toma de decisiones.

Tabla 6. Proceso general de toma de decisiones y participación de los medios



Fuente: Naveh 2002

En la tabla anterior, Naveh hace una actualización del modelo tradicional de toma de decisiones, añadiendo el ambiente mediático, tanto nacional, como internacional, englobando todo el proceso y haciendo parte del ambiente de *inputs* y la retroalimentación de *outputs*; señalando así la influencia de los medios (y dentro de ellos, los digitales) en el proceso de construcción de la agenda exterior.

De tal forma, los medios digitales canalizan y difunden la información que los líderes deben tomar en cuenta. De ésta manera, los medios constituyen en sí mismos un ambiente que los líderes deben dimensionar al momento de tomar y difundir decisiones; y por tanto, los medios digitales se convierten en la herramienta más favorable a los intereses de los tomadores de decisiones siempre y cuando tengan la agudeza y profesionalismo de calcular y delimitar los públicos objetivos, el alcance (nacional o internacional), el estímulo deseado en la audiencia y la capacidad de diálogo con la misma para modelar la opinión pública.

Esto reviste una especial importancia en los aspectos de la seguridad y la defensa, ya que como lo advierte Badrán, la seguridad debe ser un proceso socialmente construido, especialmente si se tiene en cuenta que, en efecto, muchas de las actuales amenazas como el crimen organizado y el terrorismo son una construcción social en la que individuos, individuos colectivos e individuos socialmente organizados son los constructores de sus prácticas y representaciones (Badrán, 2016).

En ese sentido, los medios de comunicación digital son esenciales en la medida en que son capaces de canalizar las aspiraciones sociales como un *input* para la toma de decisiones en materia de seguridad nacional. Por tal motivo, los medios terminan siendo un instrumento efectivo en los procesos de construcción de la seguridad y la inseguridad a partir de las capacidades sociales instaladas para ello.

En lo que respecta al cuarto atributo estratégico, resulta innegable afirmar que los medios digitales de comunicación constituyen una de las plataformas más efectivas de representación de la imagen del Estado ante sus nacionales y ante los actores del sistema internacional. En sus estudios, Flanagin & Metzger, analizan justamente el rol de los medios digitales de comunicación como fuente de credibilidad y percepción del Estado por parte de los diferentes actores en la arena política. Al respecto, señalan que dichos medios imponen a los gobiernos un desafío en materia de imagen y credibilidad, ya que muchas veces la desinformación y la información falsa llenan las plataformas en el afán de lograr inmediatez, primicia y actualización. No obstante, los mismos medios de comunicación mantienen la capacidad de generar persuasión para alinear a diferentes actores en un entramado complejo de intereses en el que la credibilidad del Estado se halla fuertemente ligada a la capacidad de persuasión; y ésta, a su vez, a la capacidad de comunicar las ideas e iniciativas (Flanagin & Metzger, 2014, pp. 1 - 3)

Al respecto se cierne una paradoja, ya que si bien la tendencia analizada anteriormente indica un aumento y masificación de los medios digitales de comu-

nicación en la diplomacia pública³, diferentes estudios, como los realizados por Flanagin & Metzger, indican que la opinión pública aún tiende a cifrar su credibilidad en los medios tradicionales físicos cuando se trata de política en general, incluidas la política exterior y sus ejercicios de diplomacia pública (Falnagin & Metzger, 2014).

Ello puede encontrar explicación en el hecho de que la masificación de los medios digitales de comunicación implica una serie de condiciones que socavan la credibilidad o confiabilidad: el anonimato de autores y reputación de las páginas (Danielson, 2006); la multiplicación de fuentes por los bajos costos de difusión como blogs, wikis o foros; y la dificultad de evaluar con detenimiento la información política en los ambientes digitales.

Lo anterior indicaría entonces que el centro de gravedad de este atributo estratégico de los medios digitales de comunicación se halla en la credibilidad y la confiabilidad de la fuente. Este aspecto no es tan sencillo ni se resuelve únicamente con la existencia de fuentes oficiales porque las mismas también se nutren del contexto digital en el que todos nos hallamos inmersos, y por tanto, son completamente susceptibles de replicar información errada; o peor aún, de guiar la toma de decisiones en función de dicha información. La credibilidad de la opinión pública reposa efectivamente en la oficialidad de la fuente, pero ello a su vez debe acompañarse por la existencia de un cuerpo de profesionales capaces de reunir, clasificar y analizar la información; tarea que requiere tiempo y que atenta contra la necesidad de la inmediatez a la que las dinámicas digitales arrastran a más de un Estado. Ahí está el dilema y la diferencia entre un rumor político online y una información fundamentada y bien orientada a la construcción y/o consolidación de la imagen del Estado ante la nación y los actores del sistema internacional.

Del manejo que se dé a lo anterior se desprenden una serie de factores de riesgo para la imagen y credibilidad del Estado en su diplomacia pública. El primero de ellos es la doble imagen que se deriva a su vez de un mensaje contradictorio. El segundo es la polarización que genera en la sociedad y el tercero es la variedad de reacciones internacionales adversas a la imagen y el interés nacional, tal como lo sintetiza la siguiente tabla.

3 Las recientes mediciones hechas para Colombia por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones sostiene que entre los años 2005 y 2013 la economía digital del país ha incrementado en la medida en la que lo hace la inserción de las nuevas tecnologías en el uso de la población y el Estado, llegando a representar un 6.2% del PIB. Se han generado cadenas de valor asociadas a la digitalización de la información en los sectores institucionales, de bienes y servicios e industria. La densidad social de la telefonía móvil supera el 92%, más del 85% de entidades públicas del orden nacional cuentan con vinculación en Internet y los usuarios de internet por cada 100 habitantes pasó de 27.8 en el año 2008 a más de 60 (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2016 Pág 12). Colombia lidera el índice mundial de acceso a internet (El Tiempo, 2017).

Tabla 7. Factores de riesgo asociados al manejo de la imagen del Estado en medios digitales de comunicación

Imágenes contradictorias en el sistema internacional	Polarización social	Reacciones internacionales adversas
<p>Se presenta la proyección de una imagen institucional que contrasta con la verdadera cara del país</p> <p>Se debe a ejercicios como la para-diplomacia o la acción de grupos nacionales de presión y cabildeo en contextos internacionales</p>	<p>Se presenta cuando la información oficial que presenta el Estado no se compadece con la realidad del mismo y aparecen actores que buscan proyectar otra versión de las realidades a través de medios digitales. Las posiciones se radicalizan y el entorno digital se convierte en escenario de controversia y polarización</p>	<p>Producto de la desinformación se pueden estimular reacciones por parte de otros Estados que socavan la credibilidad e imagen del país en el sistema internacional.</p> <p>Ejemplo: Víctimas civiles en el marco de un conflicto en el que se cree que el Estado es responsable proyecta mala imagen en materia de DD.HH.; y como consecuencia, genera denuncias, acusaciones y declaraciones</p>

Fuente: Elaboración propia

Los tres factores de riesgo implican consecuencias indeseadas, no solamente para la agenda de la diplomacia pública, sino para los otros aspectos priorizados en la política exterior como la cooperación internacional, los procesos de inserción en el sistema y naturalmente, la seguridad y la defensa nacional.

Esta última se ve especialmente perjudicada por los anteriores factores de riesgo si se tiene en cuenta que los procesos de *securitización* nacional dependen en buena medida de la política exterior que, como lo sostiene Agnew, fija la observación que tiene el Estado del mundo y a su vez se sostiene en la imagen y pretensiones de ese mismo Estado proyectadas en el sistema internacional (Agnew, 1998). Una imagen ambigua o deteriorada del estado de derecho, el monopolio de la fuerza y el imperio de la ley de un país en el sistema internacional, proyecta debilidad y en función de eso se reconfiguran las agendas internas, regionales e internacionales de seguridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible hacer un análisis de la política exterior y la diplomacia pública de los gobiernos Uribe y Santos. De este modo, en el periodo 2002-2010, la diplomacia pública fue presa de la narcotización de la agenda exterior colombiana materializada en el Plan Colombia (Borda, 2012), y concentrada en la lucha contra las drogas y el narcoterrorismo.

Esta sujeción de la diplomacia a temas tan delimitados, contrajo dos tendencias contradictorias, pero paradójicamente sostenibles. La primera fue la proyección de un Estado comprometido con la guerra contra grupos narcotraficantes y

subversivos a través de la evidencia ante actores sociales e internacionales de las crudezas del conflicto.

La segunda tendencia por su parte, fue la ambigua posición del gobierno colombiano en materia de cumplimiento de Derechos Humanos, cuyas manifestaciones también tocaron amplios espectros del sistema internacional en donde el gobierno utilizó una estrategia diplomática concentrada en la negación de la existencia de violaciones sistemáticas, la inculpación de terceros actores por dichas violaciones (con el objetivo claro de desviar la atención de la responsabilidad del Estado mismo), la construcción de alianzas internacionales con países cuyo récord en materia de violación a los derechos humanos es igual o más grave que el de Colombia y, la deslegitimación y el ataque constante a ONG's y organizaciones internacionales que denuncian la preocupante situación en el país (Borda, 2012, pp. 111).

Para el desarrollo de dicha estrategia, el ex presidente Uribe se apoyó en la diplomacia pública utilizando como canal a los medios de comunicación; y dentro de ellos los digitales. De tal forma, se cumple lo establecido en la tabla número 7, en la medida en que se arrojan mensajes contradictorios de la imagen nacional y al mismo tiempo sobrevienen denuncias y presiones internacionales sobre el Estado.

Tabla 8. Ejemplo de tendencias contradictorias en la diplomacia pública de Álvaro Uribe

Imagen de denuncia contra el secuestro emitida por el gobierno colombiano ante la opinión pública internacional	Presiones internacionales de ONG's sobre cumplimiento de Derechos Humanos en Colombia	Negación del gobierno de Álvaro Uribe sobre la violación de Derechos Humanos en fuente digital oficial1
	 <p><i>“4500 personas fueron asesinadas a sangre fría por personal del Ejército colombiano a lo largo y ancho del país entre 2002 y 2008, simplemente con el propósito de incrementar las cifras de bajas en combate”</i> José Vivanco – Human Rights Watch</p>	

Fuente: El Espectador, Human Rights Watches y Presidencia de la República 2008 - 2009

No obstante, y a la luz de los aspectos estratégicos que comporta esta sección, sería hasta cierto punto posible, aseverar que la estrategia de diplomacia pública de Álvaro Uribe a través de medios digitales fue exitosa y el argumento principal se soporta en los públicos objetivos de los mensajes que buscaba difundir, siendo estos, Estados Unidos, la inversión extranjera y la población nacional adpta a sus ideas, valores y métodos.

Dicho de otro modo, la diplomacia pública de Uribe cumplió con su objetivo en la medida en que no le interesó realmente impactar en la opinión de la oposición interna ni externa; y en su lugar se concentró en el afianzamiento de los apoyos y simpatías que necesitaba entonces con sus principales aliados nacionales y externos: los Estados Unidos en función del Plan Colombia, inversores externos que incrementaron la IED casi cuatro veces entre 2002 y 2010 (DINERO, 2010); y la sociedad civil para incrementar su índice de aprobación frente a su gestión que, al final de su gobierno fue de un 80% a favor (El País, 2010)

Tabla 9. Ejemplos de diplomacia pública exitosa de los gobiernos Uribe a través de medios digitales

<p>Alvaro Uribe recibe medalla de la Libertad de EE.UU por sus labores en la lucha contra las drogas y el terrorismo</p>	<p>Álvaro Uribe promociona a Colombia en países árabes como destino de inversión</p>	<p>Álvaro Uribe genera acercamiento con comunidades</p>
		

Fuente: Presidencia de la República y El País 2010

De tal suerte y a pesar de las limitaciones tecnológicas de entonces⁴, Álvaro Uribe supo hacer uso de los medios digitales para la promoción de su diplomacia pública, entendiendo además el valor estratégico de estas plataformas por cuanto i) constituyó una nueva forma de desarrollar el ejercicio que demanda la política

4 En las que instrumentos digitales como Facebook y Twitter aún no se habían consolidado en el seno de diplomacia pública

exterior para sus fines antiterroristas, contrainsurgentes y contra el narcotráfico, ii) supo iniciar un acercamiento con la población civil a través de los medios digitales que le permitió afianzar su curso de acción gracias al apoyo general manifiesto, iii) fue consciente de la incidencia de los medios sobre la agenda exterior y utilizó eso a su favor; y iv) por último, fue capaz de proyectar la imagen y el mensaje que deseaba del país ante comunidades foráneas y otros gobiernos, muy a pesar de las voces de denuncia y oposición que se levantaron en Colombia, en Estados de la región, en organizaciones internacionales y algunas ONG.

Sin embargo, una característica de los gobiernos Uribe frente a lo anterior, es la ausencia de profesionalización y fundamentación del uso de los medios digitales que arrojaron en más de una ocasión proyecciones variables de la imagen nacional que hicieron hasta cierto punto errático y ambiguo el mensaje para determinadas audiencias. En efecto la constante de la diplomacia pública en Colombia entre 2002 y 2010, osciló en un hemiciclo entre el fantasma de la violación a los Derechos Humanos por una parte (Borda, 2012); y la imagen de desarrollo y compromiso armado por la paz en el otro extremo.

En lo que respecta a los gobiernos de Juan Manuel Santos, se evidencian ciertas diferencias frente a su predecesor en materia de diplomacia pública. Uno de los factores diferenciales más notables es una profesionalización más elevada del uso de los medios de comunicación digital, producto de la necesidad de adaptarse y usar a favor las innovaciones digitales que Álvaro Uribe no tuvo; especialmente las redes sociales enfocadas en la proyección de una imagen estatal y concentradas de forma particular en el Ministerio de Relaciones Exteriores como canal oficial para tal fin. Esto permite entrever un manejo más organizado y consolidado que afianza el ejercicio de la diplomacia pública que actualmente se ejerce. Por lo anterior, es posible identificar los atributos de esa profesionalización en el manejo de los medios de comunicación digital para la diplomacia pública.

Tabla 10: Elementos de la profesionalización en el uso de los medios digitales para la diplomacia pública en Colombia periodo 2010-2017

Atributo	Detalle
Centralización	El principal responsable de la difusión es el Ministerio de Relaciones Exteriores
Criterio	Todos los mensajes se cobijan bajo el criterio del interés nacional fijado por el presidente y no sucumben a desviaciones ni provocaciones
Racionalidad	Los mensajes emitidos son producto del procesamiento y análisis previo de las situaciones y contextos. No obedecen a reacciones en caliente y por tanto, no se convierten en diplomacia de micrófono
Oportunidad	Los mensajes son entregados en un lapso coherente y oportuno

Fuente: Elaboración propia

A todos los atributos anteriores, presentes en la diplomacia pública de Juan Manuel Santos, se suma el natural efecto positivo derivado de una política exterior que, a diferencia de la de Álvaro Uribe, es menos confrontativa con los Estados de la región (Rojas, 2012). No posee de forma tan evidente el lastre de la violación de Derechos Humanos y, maneja desde los mecanismos diplomáticos formalmente establecidos, las contingencias y situaciones que ameritan un pronunciamiento formal (Vergara, 2012).

Este manejo de la política exterior ayuda a la diplomacia pública ya que la mantiene en las esferas del alcance que debe tener sin que ello implique una distorsión, un desborde de su actividad hacia las orillas de la diplomacia de micrófono que se halla desprovista de los atributos de racionalidad, criterio y centralización.

En ese sentido, el uso de los medios digitales por parte del gobierno de Juan Manuel Santos ha tenido un mayor nivel de profesionalización que, en consecuencia, denota una diplomacia pública más clara, consolidada y delimitada; dejándola por fuera del manejo oficial de tensiones y crisis diplomáticas en cuyo caso se activan otros canales formales.

Tabla 11. Ejemplos del manejo de la diplomacia pública del Gobierno Santos a través de medios digitales



Fuente: Página oficial de Ministerio de Relaciones Exteriores en Facebook 2017

Sin desmedro de lo anterior, el gobierno Santos también ha visto cómo los medios de comunicación digital pueden obrar en contra de sus intereses, materializando algunos factores de riesgo ya establecidos en la tabla 7. Asuntos puntuales como los numerosos casos de corrupción en el Estado, sumados a una para-diplomacia y una campaña internacional de desprestigio adelantada por la oposición de la extrema derecha nacional, han pasado por las plataformas que ofrecen los medios de comunicación digital. Esto naturalmente ocasiona de

nuevo la proyección de una doble imagen del Estado, al tiempo que exagera la polarización social a través del manejo de la opinión pública.

Tabla 12. Ejemplos de factores de riesgo materializados en los medios de comunicación digital en el gobierno Santos

Imagen deteriorada por la corrupción en medios digitales internacionales	Ejemplos de diplomacia paralela publicados en medios digitales
	

Fuente: El País (España) & El País (Colombia) 2017

De tal forma, si bien el manejo que le ha dado el presidente Santos a la comunicación digital ha sido más organizada y profesional frente a la diplomacia pública, los medios digitales pueden fungir como espada de Damocles por cuanto su disponibilidad también está al servicio de actores y contextos que pueden no ser favorables al interés nacional que persigue.

No obstante, y al igual que Álvaro Uribe, Juan Manuel Santos también ha sido consciente de la importancia estratégica de los medios digitales de comunicación en el ejercicio de la diplomacia pública y la política exterior. Los gobiernos de Santos poseen innovaciones tecnológicas que Uribe no tuvo mientras fue presidente; sin embargo, estos mismos pueden jugar en contra de las pretensiones e intereses nacionales sin que apenas se les pueda controlar. Justo allí puede residir el gran desafío de la diplomacia pública y la política exterior en un contexto de hiperconectividad: el descontrol de mensajes y audiencias (más allá de las oficiales) que generan desinformación, moldean la opinión pública e incrementan la confusión, especialmente ante coyunturas de interés público y nacional. Entre ellas, los episodios relacionados con la seguridad y defensa nacionales revisten un especial interés y sensibilidad frente a la diplomacia pública, la política exterior en general y los medios de comunicación digital; y sobre todo en contextos como el colombiano en donde se deben sortear desafíos relacionados con gobiernos hostiles y pretensiones geopolíticas evidentes. En ese sentido, vale la pena preguntarse cómo funciona y se expresa esa relación en Colombia, donde el asunto de la seguridad ha sido el centro de gravedad más importante de la política interna y exterior durante años.

Comunicación Digital, Diplomacia y Seguridad Nacional

En Estados con altos niveles de internacionalización y madurez institucional, la política exterior es un brazo indispensable de la seguridad nacional y, como consecuencia, resulta más sencillo identificar el ejercicio de la diplomacia pública asociado a las necesidades e intereses de defensa y seguridad del país. En ese mismo sentido, no es difícil apreciar la incidencia de los medios de comunicación digital en la prefiguración de la imagen del Estado frente a contextos puntuales de seguridad nacional.

Casos como el de Estados Unidos en los gobiernos Obama, denotan un eje programático claro en su diplomacia pública frente a amenazas como el terrorismo y la construcción de redes con un amplio rango de actores (Brown, Green, & Wnag, 2017) para evitar intervenir unilateralmente en áreas sensibles como el Magreb, el Norte de África y Oriente Medio. De hecho, la diplomacia pública en Estados Unidos aparece en el marco de la Guerra Fría como una estrategia más de la política exterior en su tarea de contención frente a la Unión Soviética (Saint-Guilles, 2015, pág. 1); lo que al final del día, convierte a la diplomacia pública en un mecanismo más de seguridad nacional a través de medios no convencionales para entonces.

En ese sentido, los Estados Unidos han sabido internalizar los atributos del *smart-power* y el *softpower* del que habla Nye, en el marco de la diplomacia pública a través de medios digitales, especialmente a partir de los gobiernos Obama que coinciden con la masificación de estos canales y con el acceso global de las audiencias a ellos.

Por su parte, la Unión Europea en el seno de su estrategia global y en el desarrollo ordinario de la diplomacia, tanto de la organización, como de sus miembros, permite entrever una ejecución clara de la diplomacia pública frente a asuntos de seguridad regional e internacional (Unión Europea, 2016). Los tres actores que detentan mayor visibilidad son Alemania, Francia y la Oficina de Asuntos Internacionales de la UE. Ellos han determinado lineamientos claros de acción sobre aspectos como la crisis en Ucrania, el conflicto en Siria y la lucha contra el terrorismo, proyectando imágenes que combinan la conciliación, la cooperación y la negociación con actitudes férreas y acción militar decidida para la intervención en áreas de operaciones diversas en Oriente Medio y África (Badrán, 2011). Todo lo anterior se apalanca en el uso profesional de los medios digitales de comunicación y el mapeo de las reacciones de las audiencias a través de ellos. El caso colombiano posee un alcance más modesto y, por tanto, menos evidente en las representaciones de la diplomacia pública frente a contextos de seguridad; lo cual resulta paradójico si se tiene en cuenta que Colombia es uno más de los Estados latinoamericanos que comparte un amplio abanico de problemáticas que trascienden el conflicto interno y se ubican en las esferas del crimen transnacional organizado que afectan a la región en pleno.

Ello puede encontrar explicación en el hecho de que el principal vaso comunicante entre la seguridad nacional y la diplomacia pública podría ser el sistema de ideas y valores que busca defender el Estado. Autores como Susan Strange subrayan la existencia del “poder de las ideas” como uno más de los atributos necesarios para que un Estado se consolide como potencia (ya sea media o global) en el sistema internacional (Strange, 1987).

En ese sentido, sería posible afirmar que en Colombia los vasos comunicantes entre diplomacia pública y seguridad nacional no resultan tan evidentes en la medida en que no ha existido un compendio de ideas estructurales a defender en el sistema internacional de forma sostenida. Por ende, la incidencia de los medios de comunicación digital en este ámbito se circunscribe a otros aspectos que, si bien tienen que ver con la seguridad nacional, son más cortoplacistas o circunstanciales como el narcotráfico, el terrorismo y la paz, dejando de lado una gama amplia de oportunidades en las que la seguridad y la diplomacia pública podrían nutrirse mutuamente con el objetivo de materializar el interés y la aspiración nacional.

De este modo, la diplomacia pública en los gobiernos de Álvaro Uribe estuvo signada por la lucha contra el narcoterrorismo en el que el objetivo y mensaje de la política exterior se edificó sobre la necesidad de erradicar por la vía militar a los grupos armados al margen de la ley. Alrededor de este aspecto giraron todos los esfuerzos exteriores colombianos: la cooperación, el lobby, las declaraciones e intervenciones presidenciales en el marco de las Asambleas Generales de Naciones Unidas y la diplomacia pública con el objeto de cambiar la imagen del país ante la comunidad internacional, atraer la inversión extranjera y estimular el turismo (Florez, 2011).

Sin embargo, ni los esfuerzos de la diplomacia pública ni de la seguridad se centraron en los problemas estructurales que generaron el conflicto: la propiedad de la tierra, la consolidación territorial del Estado (más allá de las Fuerzas Militares) y la generación de alternativas económicas para la sociedad en enclaves geográficos históricamente plegados hacia actividades ilegales. Esto se explica en el hecho de que a la luz de los postulados de Joan Galtung, el conflicto interno haya continuado, toda vez que no se atendieron los asuntos estructurales que lo originaron; no se halló un meta, un objetivo entre las partes en conflicto, ni hubo arquitectura institucional creada para la preparación del Estado a la implementación de condiciones de paz duradera (Galtung, 1969).

En ese sentido, el afán por cambiar la imagen del país en los gobiernos de Álvaro Uribe a través de la diplomacia pública, podría haber respondido a necesidades corporativistas y empresariales y no a una genuina base de seguridad soportada en las demandas sociales a largo plazo, ni mucho menos en un compendio de ideas y valores a defender más allá de la lucha contra el terrorismo *per se*.

Visto así, la seguridad nacional fue el objeto de instrumentalización en el proceso de fundamentación de diplomacia pública de Uribe; aun cuando las ne-

cesidades estructurales de la seguridad y defensa integral más allá del narcoterrorismo, no fueron abordadas. Esto no pasó inadvertido ante varios actores del sistema internacional, quienes a pesar de aplaudir los esfuerzos operacionales de las FF.MM colombianas, se mostraron preocupados por varios problemas estructurales y latentes en materia de seguridad y defensa (Florez, 2011) en el marco del conflicto interno (no reconocido), como la violación de los DD.HH y del DIH, materializando así a través de los medios de comunicación digital, los factores de riesgo enunciados en la tabla 7.

De tal forma, - y a manera de comparación - si en 1952 los esfuerzos diplomáticos “comerciales” de la Comunidad Económica del Carbón y el Acero, ocultaban de fondo una preocupación de seguridad regional para evitar sucesivas confrontaciones entre Francia y Alemania, con la diplomacia pública de Colombia en los gobiernos Uribe sucedió todo lo contrario: sus esfuerzos diplomáticos de seguridad ocultaron de fondo necesidades y presiones de orden económico y corporativo; lo que explica que la estrategia de marca del país, difundida internacionalmente desde 2002, se creara y diseminara en el seno de Procolombia (Proexport para entonces) y no del Ministerio de Relaciones Exteriores o de la presidencia directamente.

Así las cosas, la estrategia de diplomacia pública para la seguridad nacional en los gobiernos de Álvaro Uribe Vélez, muy a pesar de los innegables éxitos operacionales de las Fuerzas Militares, falló desde una perspectiva de comunicaciones estratégicas por las siguientes razones:

1. No supuso la defensa de una idea de seguridad nacional de largo plazo soportada en los aspectos que constituyeron las contradicciones y génesis del conflicto y, por el contrario, su bandera fue la lucha contra el narcoterrorismo como única fenomenología explicable de los problemas de la nación, lo que indica un profundo sesgo teleológico en la construcción de su estrategia diplomática frente a la seguridad
2. El objetivo último de la estrategia de diplomacia pública para la seguridad, no fue la seguridad y defensa estructural e integral del Estado, sino el interés por fomentar la inversión extranjera y el turismo a través de una idea de seguridad como mecanismo de limpieza de la imagen del Estado en el sistema internacional
3. La diplomacia pública para la seguridad nacional no implicó un uso adecuado de medios digitales. Por el contrario, al tratarse de asuntos estratégicos de defensa, la política exterior tuvo matices menos asociados a la diplomacia pública, y más similares a la diplomacia secreta, por cuanto hubo negociaciones poco claras en su alcance que generaron serios inconvenientes para el Estado colombiano. Ejemplo de esto es la participación a nivel, estratégico, operativo y táctico de compañías militares de seguridad privada norteamericanas en el marco de la implementación del Plan Colombia, cuyos efectos colaterales implicaron más inconvenientes en materia de DD.HH. para el país, como la masacre de Santo

Domingo en la que hubo participación directa de la empresa *Airscan*, aunque el responsable terminó siendo el Estado a través de sus Fuerzas Militares (Perret, 2009, p. 10).

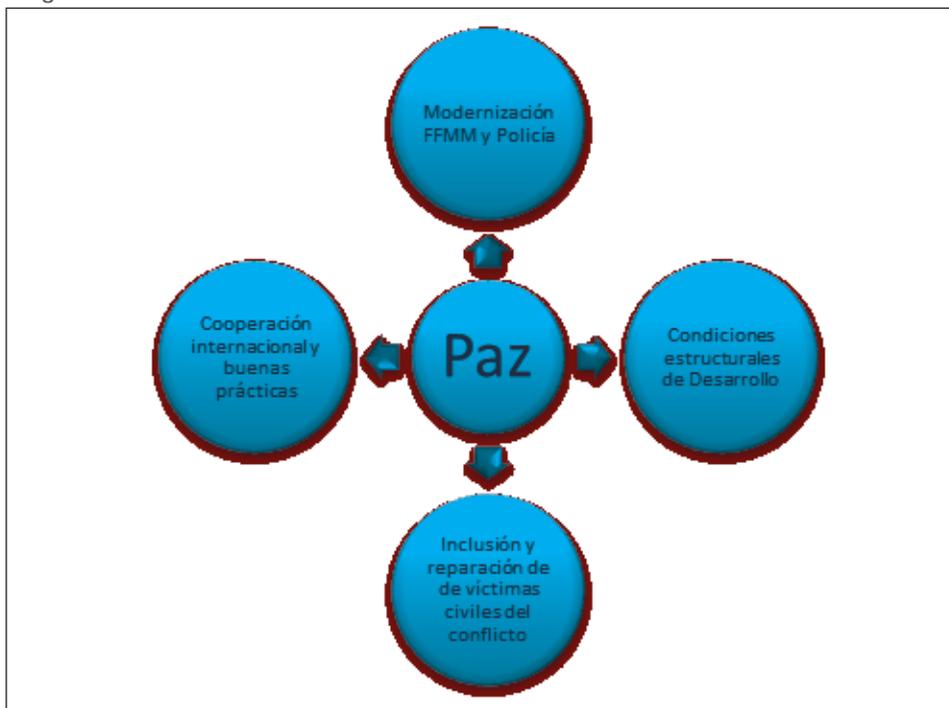
4. Por lo anterior se materializaron los factores de riesgo de la tabla 7 en la medida en que hubo una proyección ambigua de la imagen del Estado y una preocupación y denuncias por parte de varios actores del Estado frente a la problemática de los DD.HH.
5. En ese sentido, los medios de comunicación digital no materializaron adecuadamente los atributos de la tabla 1, en la medida en que no se construyó efectivamente un canal de comunicación entre el gobierno y la sociedad. No obstante, sí cumplieron su función al tratarse de canales de comunicación entre Estados y modelamiento de la opinión pública, pero en esferas de diplomacia de micrófono y no de diplomacia pública. Esto constituye una falla importante si se tiene en cuenta que cuando se trata de seguridad nacional y diplomacia pública, el rol de la sociedad civil como agente proveedor de insumos para la construcción de agendas y estrategias de seguridad, es esencial (Gregory, 2008, p. 5).
6. Por último, Uribe utilizó los medios de comunicación, inclusive los digitales en la lógica de la transmisión y no del diálogo, lo cual se hace evidente en la narrativa que con éxito implantó en buena parte de la nación y las esferas políticas sin dar oportunidad a ideas y voces opuestas que por el contrario utilizaba a su favor para satanizarlas y reforzar en clave. Maniquea su lucha contra el “narcoterrorismo” en el que incluía a más de un actor interno o externo que no compartiera sus prácticas políticas.

En lo que concierne a los gobiernos de Juan Manuel Santos, es posible evidenciar ciertos elementos que hacen un poco más visible el esfuerzo de la diplomacia pública para la seguridad nacional, pero con alcances limitados. El reconocimiento del conflicto interno, las certificaciones por parte de la ONU en materia de Derechos Humanos y el *lobby* internacional para recabar apoyos al proceso de paz con las FARC constituyen los tres ejes programáticos de la política exterior; que a su vez amplió sustancialmente el espectro de actores y áreas de inserción internacional.

Difícilmente una estrategia comprometida y encaminada a la paz carecerá de apoyo internacional y en ese sentido Juan Manuel Santos supo capitalizar este esfuerzo en la proyección de la imagen nacional a través de la diplomacia pública. Es así como sobre el foco de las negociaciones de paz, el gobierno colombiano fue capaz de levantar apoyos de gobiernos tan dispares como Venezuela, Estados Unidos, Cuba, Noruega, Gran Bretaña, entre otros.

De este modo, el tema de la paz en Colombia se convierte en el centro de gravedad de la política interna y exterior, y ello logra fundamentar a su vez una estrategia más clara de diplomacia pública.

Esquema 1. Aspectos de política exterior que giran en torno a la agenda internacional de la paz del gobierno Santos



Fuente: Elaboración propia

De tal forma, Santos evita reproducir los fallos de su predecesor y logra desarrollar un eje programático más claro y amplio frente al rango de actores en el manejo de su diplomacia pública. Como primera medida, el discurso de la paz proyecta en efecto aspectos relacionados con la solución estructural y de largo plazo de las problemáticas de defensa, seguridad y convivencia; y no es un pretexto para alcanzar objetivos subrepticios. Ejemplo de ello son los puntos de la agenda de negociación con la guerrilla de las FARC que incluían aspectos de arquitectura institucional orientada a la superación de las condiciones estructurales que originaron el conflicto en primera medida: el agro, la participación política y la terminación de las hostilidades (Badrán, 2017).

Por otra parte, su discurso es más inclusivo al tomar en cuenta a otros actores clave en el proceso de construcción de paz como las víctimas del conflicto, comunidades campesinas, afrodescendientes e indígenas; y sobre ellas erigió un pilar en materia de política exterior por cuanto buena parte de las donaciones y apoyos económicos y de especie tienen destinación directa a la reparación y restitución de derechos.

De la misma manera, y en el marco de un eventual contexto de postconflicto, adelantó importantes iniciativas de transformación para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional que tocan aspectos como el alistamiento para la participación en misiones internacionales de mantenimiento de la paz, la asociación estratégica con la OTAN para el desarrollo de buenas prácticas estratégicas y operacionales, la modernización de la Policía y la reconfiguración de roles y misiones de las Fuerzas Militares frente a las necesidades de consolidación nacional, asistencia humanitaria y gestión de desastres (Badrán, 2017).

Estos esfuerzos de internacionalización de la paz del gobierno Santos, se vieron apoyados por tres eventos que, sin duda, tuvieron una repercusión positiva en materia de diplomacia pública para la seguridad nacional: i) la premiación como Nobel de Paz, ii) el inicio de las conversaciones con la guerrilla ELN y iii) la visita del Papa Francisco. Todos estos eventos reforzaron la imagen de compromiso del Estado con la paz y el cese definitivo del conflicto armado; lo que además le valió reconocimientos, como el otorgado por el Real Instituto de Relaciones Internacionales británico por su diplomacia para la paz.

Todos los saltos positivos de la diplomacia pública de Santos en su pretensión por internacionalizar la paz, han tenido un eco más efectivo en los medios de comunicación digital nacionales y extranjeros. De la misma manera, y gracias a la profesionalización de las comunicaciones, en este aspecto concreto de la paz se evidencian con cierta claridad los principios de centralización, criterio, racionalidad y oportunidad en la transmisión de los mensajes; así como un canal más efectivo de comunicación entre gobierno y sociedad gracias a las plataformas oficiales que ofrecen las redes sociales y la web.

Sin desmedro de lo anterior, la diplomacia pública para la seguridad nacional de Juan Manuel Santos también entraña ciertas limitaciones desde las comunicaciones estratégicas y el uso de los medios de comunicación digital.

1. Se han descuidado en el discurso de la diplomacia pública, aspectos que trascienden el proceso interno y que son sumamente sensibles como las pretensiones geopolíticas por parte de los gobiernos nicaragüense y venezolano. Al respecto, el gobierno presenta serias dificultades en el manejo del entorno inmediato y la diplomacia pública no denota estrategias de visibilización a través de medios de comunicación digital de estos problemas ante los actores del sistema internacional.
2. La diplomacia pública tampoco ha trabajado a nivel de Ministerio de Relaciones Exteriores y comunicación digital sobre los problemas compartidos de seguridad en la región, especialmente asociados al crimen transnacional organizado. Poco se sabe en medios digitales de comunicación sobre las iniciativas binacionales y multilaterales de seguridad y defensa emprendidas por el gobierno. En su lugar, son las propias Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa los que, vía

redes sociales, muestran sus avances o resultados estratégicos y operacionales. Esto implicaría entonces una ruptura en el principio de centralización de las comunicaciones de diplomacia pública, cuando se trata de aspectos propios de seguridad y defensa.

Tabla 13. Ejemplos de ausencia de centralización en diplomacia pública para la seguridad en Colombia



Fuente: Ministerio de Defensa, FAC & EJC 2017

3. En función de lo anterior, se evidencia una disrupción o ausencia de coordinación entre Ministerio de Defensa y Ministerio de Relaciones Exteriores, a la que no ayuda la inexistencia de una ley de seguridad y defensa que delimite alcances y protocolos de articulación en asuntos como las comunicaciones estratégicas.
4. Por otra parte, la diplomacia pública no desarrolla contenidos en medios digitales respecto del trabajo de los agregados militares colombianos en las representaciones diplomáticas a donde son asignados. Las Fuerzas Militares tienen delegados permanentes en el Ministerio de Relaciones Exteriores y envían anualmente agregados navales, aéreos, militares y policiales a Estados estratégicos en los cinco continentes, a organizaciones internacionales como la ONU o la OEA a través de la Junta Interamericana de Defensa, entre otros, pero la información de lo que hacen por la seguridad y defensa nacionales es, cuanto menos, marginal.
5. Por lo anterior, el marco de ideas y valores que se busca proyectar y defender dentro de la diplomacia pública es excesivamente limitado. No hay un poder de las ideas de largo plazo y las apuestas estratégicas se circunscriben a aspectos coyunturales. En el caso de Santos, evidentemente fue el tema de la paz con los grupos armados ilegales. Si bien su proyección es más amplia en subtemas y actores, su alcance aún es excluyente frente a temas que van de la mano con la agenda de seguridad como el crimen organizado y las amenazas a la integridad territorial.

6. En ese sentido, se evidencia también una tendencia a la aversión por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores a los temas de seguridad y defensa en la diplomacia pública, que resulta urgente corregir, especialmente ante escenarios prospectivos como el despliegue de batallones colombianos en misiones internacionales de mantenimiento de la paz: una de las ventanas más importantes y estratégicas de la diplomacia pública para la seguridad y la defensa.

A manera de conclusión

Colombia, al igual que la mayoría de los Estados del sistema internacional es uno más de los actores que ha hecho parte de la tendencia global de instrumentalizar su diplomacia pública a través de medios de comunicación digital. El nivel de madurez y conciencia institucional sobre la importancia estratégica de los medios digitales en la diplomacia pública ha venido incrementando y ello permite ver un salto positivo en las formas de uso de los medios digitales para el ejercicio de la diplomacia y la política exterior entre los gobiernos de Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos.

En el caso de Uribe son evidentes las capacidades embrionarias de la arquitectura institucional para proyectar la imagen del país a través de medios de comunicación digital de tipo oficial, y en su lugar abundan los usos digitales de grandes medios independientes del gobierno que canalizaron las intenciones del Estado y que por ausencia de profesionalización, redundaron en escenarios de diplomacia de micrófono, lesiva para la imagen nacional. De la misma forma, la baja penetración de los medios digitales de comunicación entre 2002 y 2006 sobre las capas gruesas de la población impidieron darle a la diplomacia pública una orientación de diálogo y por tanto la acción gubernamental se quedó en la lógica de *broadcasting*, limitando así la capacidad de alcance de los medios sobre la agenda pública y la agenda exterior.

En el caso de Santos, el enfoque digital es más evidente en el ejercicio de su diplomacia pública en el que las herramientas actuales tienen un mayor nivel de penetración en la sociedad, permitiendo una lógica de diálogo con las audiencias nacionales y extranjeras. Ello se acompañó de un nivel de profesionalización más elevado en la medida en que se hacen más evidentes los principios de centralización, criterio, racionalidad y oportunidad en el desarrollo de la diplomacia pública digital. No obstante, aún existen falencias y desafíos derivados del proceso de adaptación institucional a las nuevas tecnologías y especialmente a los cambios y ampliaciones de roles de los agentes que participan en el proceso de comunicación, diálogo y toma de decisiones.

Por tanto, cuando se llevan estas consideraciones a las arenas de la seguridad y la defensa nacionales, se hacen evidentes limitaciones importantes que denotan

una incapacidad casi estructural de la política exterior colombiana para proyectar a través de la diplomacia pública, y más a través de medios de comunicación digital, la imagen e intereses estatales orientados a la consolidación de la seguridad y defensa con mensajes de largo plazo que trasciendan las apuestas de gobierno y se ubiquen en los problemas de fondo que aún amenazan al país.

Aquí se vuelve a presentar una condición evolutiva si se tiene en cuenta que los gobiernos de Álvaro Uribe tuvieron una agenda exterior fuertemente concentrada en el conflicto interno pero su desarrollo no incorporó elementos reales de diplomacia pública y menos aún, asociada a los medios de comunicación digital. Por el contrario, la imagen del gobierno en escenarios internacionales como el de las organizaciones intergubernamentales estuvo especialmente asociada a la problemática de la violación de DD.HH y no a la campaña contra el terrorismo insurgente.

Por su parte, los gobiernos de Santos, especialmente a partir del año 2012 concentraron su diplomacia pública combinada con medios de comunicación digitales en el tema de la paz como estandarte principal de la política exterior, logrando mayor coherencia entre el mensaje, los medios para entregarlo y la proyección de la imagen del país en las estructuras del sistema internacional. El éxito que ha tenido es notable, los apoyos políticos y financieros al proceso de paz, el restablecimiento absoluto de relaciones diplomáticas con Ecuador, las calificaciones de riesgo internacional y el apoyo simultáneo a la lucha contra las drogas ilícitas son ejes de acción que se mantienen en el Estado y que obedecen, entre otras cosas, a una diplomacia pública más efectiva y tecnificada.

Este documento tuvo la iniciativa de categorizar analíticamente el uso de los medios de comunicación digital en la relación que presenta la diplomacia pública y la seguridad nacional. En ese sentido, los medios de comunicación digital en la dinámica reciente de la diplomacia pública colombiana y la seguridad nacional presentan tantas limitaciones, como oportunidades; las cuales solo podrán corregirse y explotarse en la medida en que, además de internalizar en el Estado la importancia estratégica de los medios de comunicación digital en la diplomacia, también se consolide en el imaginario colectivo nacional e institucional la importancia fundamental en la proyección de la imagen y el mensaje del Estado en la comunidad internacional desde la escena que ofrece el interesante contexto de la seguridad y defensa nacional.

Colombia es un Estado con una diplomacia militar muy activa en el componente terrestre, aéreo, naval y policial. Sus acciones constituyen un elemento ciertamente positivo para el país en la medida en que promocionan las capacidades estratégicas y operacionales de las FF.MM y ello viene aparejado con una imagen favorable y el desarrollo de nichos de cooperación internacional en lucha contra el terrorismo, la subversión y el crimen organizado.

No obstante, sus dinámicas se hallan desconectadas de las iniciativas de la diplomacia pública que desarrolla el Ministerio de Relaciones Exteriores, aun cuando en la Dirección de Soberanía se cuenta con delegación permanente de altos oficiales de las FFMM; y aun cuando las FFMM destacan oficiales en sus diferentes agregadurías. Esto ocasiona una ruptura de vasos comunicantes entre los aspectos de la seguridad y la defensa, y los asuntos exteriores que fractura el principio de centralización, coadyuva a la materialización de factores de riesgo, ocasiona reflujos y sesgos en los procesos de toma de decisiones e impide una proyección y promoción de los intereses nacionales vía diplomacia pública a través de los medios digitales de comunicación.

Al respecto, vale la pena poner sobre la mesa en el marco de posteriores reflexiones dos inquietudes: ¿existe una aversión estructural del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia frente a los temas de seguridad y defensa que impiden su inclusión directa en la agenda exterior?; y no menos importante, ¿existe una construcción de base en las Fuerzas Militares de una labor de comunicación estratégica orientada al fortalecimiento de su imagen y esfuerzos en el sistema internacional de forma coordinada y consecuente con las innovaciones tecnológicas existentes para ello?

Referencias

- Agnew, J. (1998). *Geopolítica. Una Re-Visión de la política internacional*. sl: Titivilus.
- Appadurai, A. (2009). *Géographie de la colère. La violence à l'âge de la globalisation*. París: Payot.
- Archetti, C. (2010). *Media Impact on Diplomatic Practice: An Evolutionary Model of Change*. Manchester: Salford University Press.
- Badrán, F. (2011). Unión Europea. Desafíos y problemáticas institucionales en el marco de una crisis institucional. *Fuerzas Armadas*, 57-68.
- Badrán, F. (2016). Individuos y grupos transnacionales: Agentes de cooperación y amenaza. *Ensayos Sobre Seguridad y Defensa*, 36-62.
- Badrán, F. (13 de septiembre de 2017). Fuerzas Militares en el marco del post conflicto. (A. C. Dussán, Entrevistador)
- Badrán, F. (26 de Octubre de 2017). Procesos de transformación positiva de los conflictos armados. *Cátedra de Conflictos Armados Contemporáneos. Universidad Javeriana*. Bogotá.
- Bjola, C., & Jang, L. (2015). Social Media and Public Diplomacy: A Comparative Analysis of the Digital Diplomatic Strategies of the EU, U.S. and Japan in China. En C. Bjola, & m. Holmes, *Digital Diplomacy: Theory and Practice*, (pág. 32). London and New York: Routledge.
- Bobbio, N. (1997). *Teoría general del derecho*. Bogotá, D. C.: Temis.

- Borda, S. (1997). Medios de Comunicación y Política Exterior en Colombia. *Colombia Internacional* N° 38, 10.
- Borda, S. (2012). La administración de Álvaro Uribe y su política exterior en materia de derechos humanos: de la negación a la contención estratégica. *Análisis Político*. Vol 25 No 75, 111-137.
- Brown, K., Green, S., & Wnag, J. (Enero de 2017). *Center for Strategic & International Studies*. Recuperado el 13 de Octubre de 2017, de Public Diplomacy and National Security in 2017: https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/170117_Brown_PublicDiplomacy2017_Web.pdf?FaqyYdWYJBGWo24kpc01vqlSW2ZcwyNf
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-275 (1994)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-114 (2004)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-396 (2007)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-576 (2008)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-264 (2009a)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-299 (2009b)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-771 (2011)
- Costa, V. (2017). Shaping Public Diplomacy through Social Media Networks in the 21st Century. *RJHIS* N° 4 (1) *Universidad de Bucarest*, 139-155.
- Cuenca, P. (2010). La concepción del Ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio. *Papeles el tiempo de los derechos*, 1-12.
- Danielson, D. (2006). Web credibility. En C. G. (Ed.), *Encyclopedia of Human Computer Interaction* (págs. 713-721). Hershey: Idea Group.
- De Santiago Freda, M. (marzo-mayo de 2010). El problema de la verdad informativa: una perspectiva filosófica iusinformática. *Derecom*(1).
- Departamento Nacional de Planeación. (2003). Plan Nacional de Desarrollo 2002 - 2006 Hacia un Estado Comunitario. Bogotá.
- DINERO. (2010). La economía que deja Uribe: promesas vs. avances. *Dinero*, 1-3.
- El País. (30 de 07 de 2010). Presidente Álvaro Uribe termina su gestión con 80% de aprobación. *El País*.
- El Tiempo. (08 de 03 de 2017). Colombia lidera el índice de acceso mundial a internet. *El Tiempo*.
- Falnagin, A., & Metzger, M. (2014). Digital Media and Perceptions of Source Credibility in Political Communication. En K. Kensk, & K. Hall, *The Oxford Handbook of Political Communication* (pág. 15). Londres: Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Fletcher, T. (2017). *Former UK Ambassador to Lebanon in the Future FCO Report*. Obtenido de Government of United Kingdom: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/521916/Future_FCO_Report.pdf

- Florez, J. (2011). La Diplomacia Pública en una perspectiva comparada: una estrategia de la política exterior y su implementación en la política colombiana. *Pensamiento Jurídico* N° 30, 263-293.
- Foucault, M. (1973). La verdad y las formas jurídicas. *La verdad y las formas jurídicas* (págs. 1-63). Rio de Janeiro: Pontificia Universidade Catolica do Rio de Janeiro.
- Galán, J. (2007). Diagnóstico de la Política Exterior Colombiana. Una visión desde el Senado de la República. *Colombia Internacional* N° 65 Enero- Junio, 164-178.
- Galtung, J. (1969). Violence, peace, and Peace Research. *Journal of Peace Research*, 167-191.
- Gilboa, E. (2001 N° 2 Vol 12). Diplomacy in the media age: Three models of uses and effects. *Diplomacy & Statecraft*, 1-28.
- Glassman, J. (2008). *Public Diplomacy 2.0: A new approach to global engagement*. Obtenido de New America Foundation: <https://2001-2009.state.gov/r/us/2008/112605.htm>
- González, M. d., & Bernal, C. E. (2010). *Procesos contra aforados constitucionales –para-política-: compilación de decisiones de la Corte Suprema de Justicia* (1 ed.). Bogotá, D. C.: Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Gregory, B. (2008). Public Diplomacy and National Security: Lessons from the U.S. Experience. *Small Wars Journal*, 11.
- Hansen, A. (1984). *Public Diplomacy in The Computer Age*. New York: Praeger.
- Heidegger, M. (enero-junio de 1952). De la esencia de la verdad. *Revista Cubana de Filosofía*, 2(10), 5-22.
- Krammer, E. (2017). A DIPLOMACIA DIGITAL E SEU USO PELO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES DO BRASIL. *6º Encontro da Associação Brasileira de Relações Internacionais* (pág. 15). Belo Horizonte: Universidade Católica de Minas Gerais.
- Manor, I. (2016). Are we there yet: have MFAs realized the potential of digital diplomacy? *Brill Research Perspectives in Diplomacy and Foreign Policy* Vol.1, No.2.
- Martell, L. (2007). Third Wave in Globalization Theory. *International Studies Review* N°9 (2), 173 - 196.
- Martin, C., & Jagla, L. (2013). *Integrating Diplomacy and Social Media*. Washington: Aspen Institute.
- Media Development Investment Fund. (2014). *Media Development's Role in Social, Economic and Political Progress*. New York: MDIF.
- Ministerio de Relaciones Exteriores. (2003). *Memorias al Congreso Nacional*. Bogotá D.C.: Fondo Editorial Cancillería de San Carlos.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (2016). *Hacia una Medición de la Economía Digital en Colombia*. Bogotá D.C.: Colombia.
- Naveh, C. (2002). The Role of the Media in Foreign Policy Decision-Making: A Theoretical Framework. *Conflict and Communication*, 1-14.
- Nye, J. (2011). The Future of Power. *Issues and Insights* Vol 11 N°8, 14.

- OECD. (2017). *Digital Government Review of Colombia. Towards a Citizen Driving Public Sector*. París: OECD.
- Oviamionayi, V. (2004). Diplomacia pública en la bibliografía actual. *Ámbitos*, 215-236.
- Pájaro Moreno, N., & Santos Rodríguez, J. (2004). Buena fe y lealtad “pre-procesales”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 30, 199 – 224.
- Pamment, J. (2012). *New public diplomacy in the 21st century: A comparative study of policy and practice*. New York: Routledge.
- Perret, A. (2009). La utilización de CMSP en Colombia: ¿una política equivocada? *La utilización de CMSP en Colombia: ¿una política equivocada? Universidad Externado*, (pág. 20). Bogotá.
- Rojas, E. (2012). Debates y perspectivas de la política exterior colombiana en la era Santos. *VI Congreso de Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de la Plata* (pág. 14). La Plata - Argentina: IRI.
- Ruíz, J. A. (2016). La verdad en el Derecho. *Intersticios Sociales*, 1-33.
- Ruíz, M. C. (2014). Introducción. En R. I. Elcano, *La diplomacia pública como reto de la política exterior* (pág. 68). España: Escuela Diplomática de España.
- Saint-Guilles, L. (2015). Diplomatie publique et stratégie de sécurité nationale aux États-Unis, de la Guerre froide à la Guerre contre le terrorisme. *Res Militaris Vol 5 N°1*, 1-18.
- Schein, E. (1984). Coming to a new awareness of organizational culture. *Sloan Management Review, Vol 25 N° 2*, 14.
- Strange, S. (1987). The Persistent Myth of Lost Hegemony. *International Organization 41 N°4*, 551-574.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Barcelona: Marcial Pons.
- Unión Europea. (2016). *Unión Europea*. Recuperado el 10 de septiembre de 2017, de European Union Global Strategie - Public Diplomacy, Security and Defense: <https://europa.eu/globalstrategy/fr/diplomatie-publique>
- Uprimny, R., Sánchez, L. M., & Sánchez, N. C. (2013). Algunos lineamientos para pensar el marco jurídico de la transición en Colombia en el contexto de un proceso de paz con los grupos guerrilleros. En *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada* (págs. 90-154). Bogotá, D. C.: Dejusticia.
- Vergara, R. (2012). Análisis de política exterior en Colombia: Gobierno de Juan Manuel Santos ¿continuación de un proceso o cambio de rumbo? *Equidad Desarro. Enero Junio*, 27.
- World Economic Forum. (2016). *Digital Media and Society. Implications in a Hyperconnected Era*. United States: WEF.



Título: Empatía. Fotografía 2018

Neutra natura. Un enfoque institucional de los conceptos “sexualidad”, “matrimonio” y “familia”.*

Roberth Uribe Álvarez**

Luis Alberto Gómez Castrillón***

Resumen

El artículo plantea el carácter institucional que revisten categorías como ‘sexualidad’, ‘familia’ y ‘matrimonio’, así como las relaciones que se suscitan entre ellas en las sociedades y ordenamientos jurídicos contemporáneos que adoptan la forma organizativa de Estados Constitucionales de Derecho. Este planteamiento se presenta como una alternativa discursiva para neutralizar las pretensiones de retorno a la naturalización o biologización de estas instituciones y de otras conductas sociales por parte de diversos sujetos jurídicos, tanto doctrinarios como jurisprudenciales, así como de otros sujetos sociales, especialmente de orientación confesional.

Palabras clave: sexualidad; matrimonio; familia; naturaleza; biologización; institucionalización; Estado Constitucional; laicismo.

Neutra natura: An institutionalist approach on the relationships between the concepts of sexuality, marriage and family

Abstract

The article proposes the thesis of the institutional character of categories such as “sexuality”, “marriage” and “family”, as well as the relationships that arise between them in societies and contemporary legal systems that adopt the organizational form of Constitutional State of Law. This approach is presented as a discursive alternative to neutralize the claims of returning to the naturalization or biologization of these institutions and other social behaviors, by various legal subjects, both doctrinal and jurisprudential, as well as other social subjects, especially of confessional orientation.

Keywords: sexuality; marriage; family; nature; natural events; institutional facts; biologization; Constitutional State; secularism.

Neutra natura: Uma abordagem institucionalista sobre as relações entre os conceitos de sexualidade, casamento e família

Resumo

O artigo levanta a tese sobre o caráter institucional que revestem categorias como “sexualidade”, “família” e “casamento”, bem como as relações que se suscitam entre elas nas sociedades e ordenamentos jurídicos contemporâneos que adotam a forma organizativa de Estados constitucionais de Direito. Este levantamento apresenta-se como uma alternativa discursiva para neutralizar as pretensões de retorno à naturalização ou biologização destas instituições e de outras condutas sociais, pelos diversos sujeitos jurídicos, tanto doutrinários como jurisprudenciais, bem como de outros sujeitos sociais, especialmente de orientação confessional.

Palavras-chave: sexualidade; casamento; família; natureza; fatos naturais; fatos institucionais; biologização; institucionalização; Estado constitucional; laicismo.

* Artículo de reflexión. Los autores agradecen a los pares anónimos de la Revista Estudios de Derecho, las recomendaciones que formularon a una versión anterior del artículo y que contribuyeron a su mejoramiento.

** Abogado de la Universidad de Antioquia. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Eafit. Coordinador de Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

*** Abogado de la Universidad de Antioquia. Profesor de cátedra en la Escuela de Ciencias de la Salud de la Universidad Pontificia Bolivariana y de la Especialización en Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Correo: lagosantander@yahoo.com

Neutra natura. Un enfoque institucional de los conceptos “sexualidad”, “matrimonio” y “familia”

I. Planteamiento del problema

1. En este trabajo se realiza un análisis conceptual de los términos “sexualidad”, “matrimonio” y “familia”, descriptivo de algunos de los usos de estos conceptos y de sus relaciones en la dogmática del derecho de familia y en la jurisprudencia constitucional colombiana contemporáneas. A partir de este estudio se plantea la viabilidad de formular una comprensión de las uniones entre parejas de homosexuales, alternativa a la que ha sido tradicional en Colombia y otros países, en virtud de la cual es factible el tratamiento jurídico de estas uniones como “familias” y como “matrimonios”.

La concepción tradicional respecto del concepto de “familia” y, a partir de ella, de las relaciones entre este concepto y los de “sexualidad” y “matrimonio”, implica la adscripción a una ‘tesis biologista’, a partir de la cual se argumenta que tanto la unión sexual como el matrimonio entre personas heterosexuales son hechos acordes a “la naturaleza” y que, *contrario sensu*, las relaciones sexuales y el matrimonio realizados entre parejas de personas LGTBI son “contranaturales”.

Por su parte, la concepción alternativa que se propone pretende aportar elementos que permitan el viraje hacia una ‘tesis institucional’, en virtud de la cual, las uniones sexuales y maritales en ningún caso pueden ser valoradas como un acto contranatural por el derecho de un Estado constitucional.

2. En la última década la Corte Constitucional colombiana ha emitido diversos pronunciamientos de constitucionalidad con motivo del ejercicio de sendas acciones públicas de inconstitucionalidad dirigidas contra disposiciones jurídicas de carácter legal, encaminadas al reconocimiento igualitario de derechos para las personas del mismo sexo que forman una pareja estable y singular, similares a los de los cónyuges como sujetos de la relación jurídica “matrimonio”, en aplicación del principio constitucional de igualdad.

Con todo y las obvias resistencias de distintos actores e instituciones sociales, especialmente las iglesias de filiación judeocristiana y de algunas bancadas de partidos políticos del Congreso de la República (Gallego, 2010), la Corte comenzó a desplegar un reconocimiento paulatino de estos derechos para parejas de homosexuales (*i.e.* a ser beneficiarios del sistema de salud de la pareja cotizante; a la sustitución pensional como pareja supérstite).

En los últimos años este reconocimiento incluyó, para estas parejas, el derecho de formar una familia, sin la posibilidad de acceder a la institución matrimonial, cuya aprobación difirió la Corte, por razones de competencia constitucional, al Congreso de la República, para que en un plazo de dos años legislara sobre la regulación de las uniones (“matrimonio”) entre estos sujetos, y mejorara el déficit de igualdad de derechos que jurídicamente les afectaba.

3. Metodológicamente este es un trabajo de análisis del discurso (doctrinario y jurisprudencial) del derecho de familia en Colombia, que combina, de un lado, aspectos descriptivos de los conceptos “sexualidad”, “matrimonio”, y “familia” y de las relaciones discursivas entre éstos en tanto categorías básicas de dicho discurso. De otro lado, aspectos valorativos o propositivos dirigidos a la modificación o sustitución de dichas relaciones conceptuales por otras, alternativas, que se consideran más pertinentes desde una dogmática del derecho de familia constitucionalizado en coherencia con el modelo de Estado constitucional. Este recurso a la distinción de los planos de análisis conceptual, descriptivo y prescriptivo hace del trabajo, metodológicamente, además de uno de análisis del discurso, también uno de filosofía analítica del derecho.

II. Precisiones y diferenciaciones conceptuales de dos binomios: “reproducción-sexualidad” - “matrimonio-familia”

4. Para adoptar las diferentes decisiones referidas, la Corte Constitucional colombiana transformó toda una tradición cultural, que en materia de concepciones del derecho de familia ha existido en nuestra cultura jurídica nacional en torno a los conceptos de “matrimonio” y “familia”: la ‘tesis biológica’ de la familia, a partir de la cual ésta se entiende como “núcleo esencial” de la sociedad, formada entre personas de distinto sexo y para procrear.

Bajo los postulados de sus representantes, la construcción de una noción jurídica de familia debe considerar los siguientes elementos:

La voluntariedad. La constitución de la familia tiene su origen en un acto de voluntad, libre. [...] La finalidad constitucional y pública de protección de sus miembros y de promoción de los derechos, valores y principios fundamentales de la persona humana. [...] La constitución

efectiva de una unidad de convivencia, de cuidados recíprocos no solo de contenido ético sino económico. [...] La permanencia y estabilidad. Una familia es tal solo si sus miembros proyectan una unión estable, duradera que genere el marco adecuado para cumplir sus fines. [...] La notoriedad y la publicidad. La convivencia que se oculta sin justa causa, la unión clandestina, no puede merecer la protección del derecho. [...] La existencia de algún vínculo jurídico. [...] La conyugalidad o el parentesco no son ya los únicos vínculos jurídicos posibles. *El vínculo jurídico equivale al reconocimiento legal de la convivencia.* (Pereda, 2006, pp. 204-205 –cursivas agregadas).

La ‘tesis biologista’ surge como consecuencia de concebir la idea de la sexualidad entre personas que están unidas por vínculos de afinidad, prioritariamente como un instrumento de generación de descendencia y de perpetuación de la especie humana, respecto del cual es secundario un fin diferente, como por ejemplo, uno hedonista o de placer mutuo entre la pareja.

Esta concepción es instrumental al modelo económico-político capitalista (Roudinesco, 2002), que como es sabido propende por el fomento de la conformación de familias estándar que en las sociedades de este modelo constituyen su motor principal de sustentabilidad y perpetuación. Con ello se garantiza la existencia de consumo constante de bienes y servicios, lo que genera un privilegio social de este tipo de “familia” en las representaciones sociales sobre esta institución. Al mismo tiempo, el modelo estigmatiza y desvalora los matrimonios, sexualidades y familias divergentes (Córdova, 2011), concretamente las “familias homoparentales” o no-tradicionales, que no corresponden al modelo biologista de procreación y preservación de la especie y ni al modelo económico de mercado:

F. Engels, y antes L. Morgan y K. Marx mismo, detectaron que la familia burguesa había introducido/heredado históricamente una cualidad insoslayable que se convirtió en insustancial como parte del sistema capitalista, y era que estaba “unida a la propiedad privada”, que la familia era una de las instituciones nodales de sus producción y reproducción material, sociocultural y sentimental, dado que la propiedad privada era una característica sustancial al modo de ser del capitalismo, éste tenía que conformar “una forma general de familia” adecuada a esa característica. Por ende, la familia nuclear capitalista tenía que basarse en ella y garantizarla, su carácter nuclear, atomizado, era por ello imprescindible y correspondiente. Igualmente el matrimonio monogámico y la monogamia le fueron “necesarios” dado el carácter privado/privatizador de los vínculos, afectos, actividades y, desde luego, propiedades (de las cosas y de los sujetos implicados); los sujetos esposos se co-pertenecían legalmente bajo esa dinámica de la propiedad privada alimentada y reproducida ampliamente en la familia y su normatividad. (Adame, 2003, p. 147).

De otro lado, esta concepción biologista realiza una valoración irracional de la sexualidad humana, al reducir la deliberación sobre las prácticas sexuales a una instancia básicamente reproductiva, privilegiando nuestra condición de seres mamíferos por encima de la de seres sociales. De ahí que, para esta corriente, la sexualidad hedonista sea un hecho superfluo frente a la sexualidad procreadora, rechazando aquellas formas de unión sexual como las realizadas entre personas homosexuales y transgeneristas, que no permiten la procreación natural. En consecuencia, desde esta concepción se proscriben jurídicamente las instituciones de la familia, el matrimonio y la adopción por estos sujetos.

5. Frente a esta 'tesis biologista' existe una concepción alternativa, a la que se puede denominar 'tesis institucional' de las relaciones entre los conceptos "sexualidad"- "familia"- "matrimonio". Conforme a esta, que puede fundamentarse en las teorías (neo)institucionales del derecho (MacCormick, 2011), es procedente la delimitación "hechos institucionales" - "hechos brutos" a efectos de establecer el "ámbito de regulación del derecho", adscripto sólo a los primeros, entendiendo por "regulación" su constitución jurídica independiente y alterna a la que puedan tener tales hechos, como "sociales" o "brutos", en otros referentes cognoscitivos como las disciplinas sociales y naturales, o regulativos como la moral social y la religión:

Existe ante todo una general posición antireduccionista. Ella se manifiesta en primer término en el campo ontológico, de manera que la realidad social no es considerada como reducible completamente a aquella material espacio-temporal (como afirman sin embargo los realistas escandinavos a la Olivecrona), y se distingue entre "hechos brutos" y "hechos institucionales" (reconduciéndose a una propuesta del filósofo John Searle). Así, el Derecho no es reducido a una serie de normas, si bien sistematizadas entre sí, sino que se considera que en la definición del concepto de Derecho deben tenerse en cuenta también otros elementos como los ámbitos de acción hechos posibles por las normas y los principios de acción expresados en un cierto contexto social, que inspiran aquellas normas y cuya aplicación rigen bien o mal. Además no se tiene una visión obsesivamente prescriptivista de las normas, sino que se considera que no sólo restringen sino que también extienden el campo de acción de los seres humanos. Gracias a las "instituciones" (contrato, propiedad, matrimonio, etc.), los seres humanos -dice MacCormick-, están en condiciones de aumentar el número de hechos existentes en el mundo, sin necesariamente acrecentar el número de objetos físicamente existentes (La Torre, 2006, p. 108).

Desde los planteamientos de la 'tesis institucional' la sexualidad es un hecho complejo (Butler, 1996), toda vez que, si bien tiene un sustrato biológico, este solo adquiere sentido dentro de un contexto social y cultural, el cual la dota de significado normativo:

Toda realidad, incluida la realidad social, tiene algún componente natural. Los hechos físicos (o brutos) son el género común a todos los hechos del mundo, los hechos sociales son una especie de hechos físicos. Una clase de hechos sociales son los hechos institucionales, definidos por lo normativo. Los hechos institucionales se construyen por los seres humanos, organismos biológicos inteligentes que forman parte de la realidad natural, asignando colectivamente y normativamente funciones a los hechos brutos para que incidan en la realidad natural y social. Lo natural y lo normativo interactúan recíprocamente (Mir, 2005, pp. 23-24).

El derecho y la religión son reguladores normativos en ese sentido social y cultural de diversas acciones humanas, entre ellas la sexualidad, la procreación y la convivencia familiar. El derecho, permitiendo o prohibiendo la existencia y la eficacia de instituciones como la familia, el matrimonio y la adopción entre sujetos, puedan o no procrear, con independencia de su identidad sexual; la religión, fijando como patrones de comportamiento (religioso) parámetros para calificar como “pecado” (o no) este tipo de conductas.

En la historia de la “sexualidad”, el “matrimonio” y la “familia”, la irrupción de la Modernidad occidental y su teoría del Estado de derecho genera la adscripción de la ‘tesis biologista’ a la religión y de la ‘tesis institucional’ al derecho, concebido, en tanto que derecho moderno, como derecho laico, que separa la(s) iglesia(s) y el Estado y el derecho y la religión (Uribe Álvarez, 2012).

La posibilidad de confluencia de estos reguladores normativos depende del modo como estén prescritas constitucionalmente las relaciones iglesia-Estado y derecho-religión. Si se trata de un Estado laico, como el colombiano, la confluencia es ilegítima, dado que el derecho aquí se debe adscribir a la ‘tesis institucional’ y, por ende, se debe separar de la ‘tesis biologista’ (y su regulador: la religión), que se torna jurídicamente irrelevante. Si se trata de un Estado confesional el derecho no podría separarse de la concepción biologista y la confluencia entre la regulación jurídica y la religiosa es necesaria y relevante.

6. En los Estados confesionales e incluso algunos relativamente laicos existe una narrativa estándar de la relación “sexualidad-matrimonio-familia” que se vierte en la pretensión de construir conceptos totalizantes de algunas conductas humanas, especialmente de la “sexualidad”, que den cuenta, unidimensionalmente, de todas las formas de comportamientos sexuales posibles, y que termina convirtiéndose en un elemento de exclusión de situaciones nuevas o alternativas al comportamiento tradicional de la heterosexualidad, originando respuestas a dichas conductas divergentes a las que se les da la forma de disputas irreconciliables, donde la solución más fácil, tal vez obvia, parece ser la de etiquetar lo divergente como contranatural, pecaminoso e, incluso, delictual (Gómez Castrillón, 2013, p. 107).

Este rótulo conlleva la construcción de la idea de que solo es "natural" o, si se quiere "normal" o "aprobado" (Calvo, 2010), aquello que tenga las medidas necesarias para ajustarse al arquetipo, en este caso la heterosexualidad, sin fisurarlos. El problema se agudiza si la conducta que se desea encauzar es algo tan diverso como la sexualidad humana, la cual, si bien es el resultado de la integración de fenómenos biológicos, sociales y culturales, puede expandirse de forma avasalladora, al punto de que cualquier intento de definirla en términos de "lo normal", es un esfuerzo reduccionista e inane, dado que en su direccionamiento concurren las pulsiones, el placer, la cultura, las prácticas y las representaciones sociales, que tratan de ser controladas a través diferentes dispositivos como la religión, la familia y la escuela, en los cuales se construye, aprende y reproduce el modelo de "lo normal":

Más que la uniforme preocupación de ocultar el sexo, más que una pudibundez general del lenguaje, lo que marca a nuestros tres últimos siglos es la variedad, la amplia dispersión de los aparatos inventados para hablar, para hacer hablar del sexo, para obtener que él hable por sí mismo, para escuchar, registrar, transcribir, y redistribuir lo que se dice (Foucault, 1991, p. 23).

8. La 'tesis biologista' concibe la ecuación 'sexo-placer' como superflua, haciendo de la sexualidad un mero asunto de concordancias anatómico-reproductivas, desaprobando socialmente la connotación sexual de aquellos encuadres de estructuras corporales no-reproductivas (la boca, el esfínter anal, los dedos, etc.). Frente a esta concepción, son pertinentes puntos de vista alternativos que llaman la atención sobre la necesidad de concepciones culturales de la corporeidad:

En el humano el sexo no se reduce a la anatomía, ni está en una relación de correspondencia biunívoca con ella; es, por una parte, una atribución performativa proveniente del otro y, por otra parte, una declaración, es decir, un acto inscrito en el campo del lenguaje, que cada quien lleva a cabo y con el cual testimonia del deseo que lo/la habita, que lo/la tiene tomado/a (Meléndez, 2011, p. 206).

Desde concepciones de la corporeidad sexual como la 'tesis biologista' que se acaba de describir, se despliega un trabajo (biopolítico) de regulación cultural respecto de la validación social del uso sexual que se puede realizar de órganos reproductivos y no-reproductivos, el cual puede generar placer sexual en tanto fenómeno fisiológico y neuropsicológico, soslayando con ello que

El cuerpo como espacio simbólico representa una suerte de fricción entre quienes consideran la masculinidad y la feminidad como un ordenamiento cuyas características sociales responden a patrones biológicos y quienes restan importancia a su materialidad frente al cúmulo de significados que se entretienen acerca de las diferencias de

género. Sin embargo, estar cerca de una lógica que reconoce la centralidad de la cultura y de la historia en la construcción de identidad de género, también nos permite observar que las prácticas sociales llegan a permear las definiciones, los usos y los significados corporales de las personas en función de su diferencia sexual mucho más allá de su distinción hormonal y reproductiva (Faur, 2003, pp. 45-46).

En contrapunto, la ‘tesis institucional’ trata el concepto de “sexualidad” como una práctica individual y social que incluye todas aquellas manifestaciones erógenas por medio de las cuales los individuos encauzan la pulsión biológica que los dirige a procrear y a buscar placer, y no necesariamente a reproducirse. Así visto, es el *animus* de erogeneidad uno de los elementos nucleares en la configuración de la sexualidad, la cual no depende tanto de la condición natural de los actores de las relaciones sexuales para procrear, como de dicho ánimo. Con ello, forman parte del concepto de sexualidad todo tipo de relaciones llevadas a cabo tanto por personas heterosexuales como por las personas LGTBI, encaminadas a la obtención de placer sexual (Vargas, 2009), y que por tanto no se realizan con la finalidad de procrear.

Esta concepción de la ‘tesis institucional’ de la sexualidad implica que el ejercicio de esta se tome como parte del proceso de obtención de felicidad en los modos y las formas de vida de los sujetos sociales, en el entendido de que en una concepción laica de estas relaciones es legítimo que los individuos que así lo consideren, entre los varios instrumentos con los que cuentan para el logro de su felicidad, recurran a la sexualidad como uno de ellos; a diferencia de la concepción derivada de la ‘tesis biologista’ en la que la prioridad de la procreación y la monogamia repudia la búsqueda de placer como factor legítimo de la felicidad humana.

De este modo, a partir de una concepción institucional de la sexualidad, tiene sentido que aquellos casos de parejas que están en imposibilidad de procrear, por estar conformadas por sujetos homosexuales, sean tratados como *familia(s)*, desde su condición de seres sociales sexuales libremente unidos por lazos de afectividad y solidaridad, así aparezcan como improductivos en términos de la contribución a la preservación de la especie humana y de la sustentabilidad del modelo económico capitalista.

III. Una aproximación a la tríada ‘sexualidad-familia matrimonio’ en Occidente

9. La ‘tesis biologista’, privilegiada como dispositivo discursivo de configuración de la sexualidad en Occidente (Otis-Cour, 2000), en el marco de la tradición judeo-cristiana, promueve una concepción de la tríada “sexualidad-familia-matrimonio” que establece una relación necesaria entre el ejercicio de la sexualidad, la

constitución de una familia y el matrimonio, así: solo las parejas de heterosexuales y fértiles, en tanto cuentan con la capacidad para procrear, pueden casarse, que es el propósito “natural” del matrimonio conducente a la familia y, por tal razón, el de su sexualidad (“natural”) heterosexual:

Parte del argumento de la antinaturalidad de la homosexualidad nos presenta el matrimonio como una “institución natural”. Sin embargo, si el matrimonio es la unión concertada entre dos individuos mediante ritos o formalidades legales, entonces no encontramos matrimonios en la naturaleza. Aunque encontramos la formación de parejas estables y monógamas entre algunas especies de animales, estos no tienen instituciones sociales como la del matrimonio: no se casan, pero tampoco tienen gobiernos, comercio, impuestos, moneda, propiedades o fiestas de cumpleaños. Y no encontramos nada de esto en el reino animal porque todas estas instituciones son productos de un lenguaje desarrollado y complejo y de determinados actos de habla. Fuera de esta interpretación, no parece tener sentido la afirmación de que el matrimonio está enraizado en la naturaleza o es una institución natural. Más que ser natural, el matrimonio es lo que muchos teóricos gustarían de llamar una “construcción social”, es decir, producto de prácticas sociales histórica y culturalmente determinadas; por eso encontramos tanta variabilidad cultural en las concepciones de lo que es un matrimonio (Millán, 2011, p. 159).

Esta concepción consolida el paradigma de la “familia heterosexual reproductiva” (Castelin, 1999), que ha originado una representación social estandarizada y dominante de la sexualidad heterosexual, de la familia tradicional (no-homoparental) y del matrimonio monogámico-procreativo (Morales, 2012), así como de su funcionalidad al ser una tríada indisoluble que combina el estándar biológico de la heterosexualidad reproductiva con el aspecto del matrimonio como una institución condicionada por la naturaleza, solo legítimo en tales situaciones.

Este paradigma (Guasch, 2011) desestima como anormales, infractoras e ilegales y, sobre todo, “contranaturales”, las formas diversas y alternativas de la sexualidad, la familia y el matrimonio, ejercidas por parejas de homosexuales que quieren ser incluidas en las categorías sociales y jurídicas “matrimonio” y “familia”.

10. Así mismo, desde la perspectiva de la ‘tesis biológica’, la consolidación del paradigma de la familia heterosexual y reproductiva es la consecuencia cultural de una representación social de la “masculinidad” que, siguiendo a distintos autores de las ciencias sociales, suele ser descrita como ‘masculinidad-macho’ o ‘machista’ (Díaz, 2013; García, 2005; Viveros, 2002). Bajo esta representación sociocultural de la masculinidad (machista), hombres y mujeres son sujetos clasificados en clave de la relación que existe entre ‘macho’ y poder (Rosa, 2011); la masculinidad del hombre de mayor aceptación o aprobación es la de aquel que se comporta como

‘macho’, que domina y ejerce poder en las relaciones sociales, especialmente en las relaciones matrimoniales y familiares tradicionales:

La hegemonía del varón y de lo masculino es una constante en el occidente judeocristiano (...) uno de los espacios donde el varón puede imponer sus epidemias de violencia es la esfera domestica (...) La violencia masculina en el hogar continuará siendo frecuente en aquellos ámbitos donde la heterosexualidad siga claramente vigente: especialmente entre las clases más bajas y los sectores más conservadores de la sociedad (Guasch, 2000, p.128).

Al tiempo, la feminidad (López de la vieja, 2014, 143) socialmente aprobada es la de aquella mujer que acepta y posibilita en dichas relaciones el ejercicio de poder por el hombre-macho:

Parece claro pues, que el homosexual, en cualquiera de sus variantes, es un producto de su cultura. ¿Cuáles son los elementos de nuestra idiosincrasia sexual que propicia la existencia de homosexuales? A mi juicio, el factor clave es la concepción sexista de la masculinidad y la feminidad. Como principios opuestos y mutuamente excluyentes. Así si existe una libido masculina orientada a las mujeres y una libido femenina orientada a los varones, entonces ningún varón como “Dios manda” puede tolerar el contacto sexual con varones, pues esto pertenece a la naturaleza femenina y viceversa. Puesto que este principio de exclusión mutua entre las sexualidades, masculina y femenina no permite la existencia de individuos con apetitos que se presumen impropios de su sexo (García Leal, 2005, p. 226).

Estas dimensiones de poder de la masculinidad-macho (Muñoz, 2017) se ejercen en distintos ámbitos de las relaciones sociales y familiares, y específicamente en las representaciones sociales predominantes de la sexualidad, la familia y el matrimonio. En la “sexualidad”, desvalorando las formas diversas a la heterosexual, lo que se lleva a cabo desconociendo u obstaculizando el reconocimiento jurídico de sus efectos (*i.e.* reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la conformación de la sociedad patrimonial). En “la” familia, excluyendo de esta categoría, aquellas familias “atípicas” que están conformadas por parejas de homosexuales. En el “matrimonio”, autorizándolo solo en los casos en que éste es llevado a cabo por un hombre y una mujer (definidos así desde un punto de vista biológico) con la finalidad de la procreación¹.

1 Artículo 42 de la Constitución Política de Colombia: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio *o por la voluntad responsable de conformarla* (cursivas agregadas).

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.”

IV. Sexualidad, matrimonio y familia: ¿(pre)definidos por "la naturaleza" o creados socialmente?

11. Una cuestión de gran importancia es la que concierne a la capacidad de rendimiento de las relaciones conceptuales de la tríada "sexualidad-matrimonio-familia" construidas bajo el paradigma biologista-heterosexual, combinado con el de la masculinidad-macho, frente a las nuevas situaciones sociales originadas a partir de las familias homoparentales como las conformadas por parejas de homosexuales, bisexuales, transexuales, transgeneristas e intersexuales, cuya sexualidad no está "naturalmente" encaminada a la reproducción, y que reclaman, al tiempo que ameritan, la posibilidad de reconocimiento jurídico en términos igualitarios a la de los cónyuges heterosexuales.

Esta capacidad de rendimiento es limitada o deficitaria, toda vez que no incluye las relaciones entre estos sujetos y, en tal medida, requiere su reformulación, en los siguientes términos:

i) Que no esté limitada a sujetos definidos como producto de la equiparación naturalista o biologista de "sexo" y "género", en otras palabras, que la regulación de los sujetos que puedan casarse y conformar familia se establezca con independencia de su género, dado que lo importante es su condición de sujetos jurídicos con capacidad de ejercicio:

El concepto de género se refiere a la construcción social y cultural que se organiza a partir de la diferencia sexual. Supone definiciones que abarcan tanto la esfera individual-incluyendo la subjetividad, la construcción del sujeto y el significado que una cultura le otorga al cuerpo femenino o masculino como la esfera social- que influye en la división del trabajo, la distribución de los recursos y la definición de jerarquías entre unas y otras (Faur, 2003, pp. 39-40).

ii) Que no esté condicionada a la heterosexualidad de los sujetos, toda vez que en el matrimonio o en las uniones jurídicas de hecho la sexualidad es un acto jurídicamente ainjerente (en el sentido de una conducta no-interferida o no interferente), con todo y que sea relacional, generalmente:

Más allá de las disputas de escuelas acerca de la naturaleza del derecho, puede afirmarse con certeza que lo que caracteriza a esa forma específica de control de la conducta humana es el tener como objeto de regulación el comportamiento interferido, esto es, las acciones de una persona en la medida en que injieren en la órbita de acción de otra u otras se entrecruzan con ella, la interfieren.

En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo compor-

tarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie. Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1) expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2) se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aún en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3) toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar. (Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994).

Como conducta ainjerente o no-interferida, la sexualidad forma parte de aquellos actos que pertenecen al fuero privado interno *de cada persona* y que, por tanto, están vedados a la regulación desvalorativa del derecho. En un Estado constitucional laico, esta adscripción de la sexualidad al 'Yo', trae como consecuencia el carácter neutral de la sexualidad para la regulación jurídica de las instituciones del matrimonio y la familia, pues alguna sexualidad de las tantas posibles ha de tener cada persona, con independencia de que tenga o no una unión matrimonial o marital de hecho.

iii) Que no esté vinculada a la procreación como finalidad de la unión marital, puesto que es propio de la especie humana, entendida como sociedad y no como rebaño, su capacidad de deliberar acerca de su reproducción, determinar el número de hijos, con mayor razón en la actualidad, siendo esta posibilidad viable para aquellos que naturalmente no pueden reproducirse, pero sí pueden acceder a la condición de padres a través de métodos artificiales de fecundación o de métodos jurídicos como la adopción.

Lo anterior no es otra cosa que la consecuencia de reconocer que la procreación, como finalidad primordial del matrimonio, es irrelevante para configurar jurídicamente este (o sus figuras análogas), así como que es admisible concebir la sexualidad de la pareja como un acto que no debe instrumentalizarse a los fines de la preservación de la especie humana, sino que admite otros fines diversos e incluso prioritarios a aquél como los hedonistas.

12. Esta reformulación conceptual de la relación entre las categorías "sexualidad-familia-matrimonio" y, más aún, de los paradigmas biologista y de la masculinidad-macho que tradicionalmente han construido esta relación (Platero, 2007), requiere la incorporación de unos nuevos criterios de comprensión de la categoría "naturaleza" y su relevancia en la construcción de los conceptos "sexualidad-familia-matrimonio":

La proliferación de leyes que en distintos países instituyen los matrimonios igualitarios, sin tomar en cuenta el sexo de los cónyuges, nos coloca entonces frente a una mutación cultural de largo alcance. Tres elementos de los muchos que están ahí en juego son: Primero: Una mutación en lo que el psicoanalista francés Jacques Lacan llamó

"orden simbólico": el ordenamiento que regula las relaciones entre los sexos y las generaciones, y genera las estructuras de parentesco que constituyen las formas de organización familiar, ha sufrido un cambio radical para dar lugar a una multiplicidad de órdenes simbólicos y de estructuraciones familiares. Segundo: La muerte de la familia patriarcal, en la que la autoridad del padre estaba fundada en última instancia en la de Dios, que a su vez le daba su fundamento a las formas de gobierno, a las instituciones sociales encargadas de administrar la vida terrena y espiritual de los hombres, a las formas de vivir los lazos amorosos y familiares. Tercero: El desvanecimiento del matrimonio como forma casi única, aprobada socialmente, de vivir las relaciones eróticas y amorosas. Cada vez son menos las parejas que buscan el matrimonio, sea civil o religioso, como destino y proyecto. Decir que se trata de una crisis de la institución matrimonial es avalar la idea de que es posible volver al estado anterior, pero aquí más bien se pretende apuntar a la pluralidad de formas de vivir e instituir los lazos amorosos (Meléndez, 2011, pp. 205-206).

A este respecto, el término "naturaleza" es usado con frecuencia en nuestras distintas explicaciones y justificaciones del mundo. En ocasiones, da cuenta de un depurado contenido semiológico, sea como sustantivo "*la naturaleza*", o bien como adjetivo "*lo natural*", mientras que, en otras, su significado es tan o más enigmático que los mismos problemas a los que queremos responder a través de él.

"Naturaleza" y "natural" son, de este modo, conceptos, instrumentos de análisis y/o de conocimiento de algunos hechos naturales y sociales. Como herramientas conceptuales funcionan, por lo menos, en los siguientes sentidos: en primer lugar, "la naturaleza" nos sirve para distinguir diversos aspectos de nosotros en tanto seres humanos. Así, tenemos no una sino varias "naturalezas" humanas: biológica, emocional, sexual, religiosa, espiritual, cultural, etc.

En segundo lugar, con el dispositivo "lo natural" damos a entender que la intervención o el dominio de algunas de nuestras acciones escapan a nuestras posibilidades de control, si bien no en su totalidad, por lo menos en una buena medida. "Lo natural", en este caso, es antagonico, e incluso superior, a "lo humano".

En tercer lugar, el instrumento conceptual "la naturaleza", representa un campo de nuestro conocimiento al lado del campo "social". A este respecto, existen problemas que pensamos y/o conocemos como "naturales" y otros como "sociales". La sistematización de cada uno de estos dos tipos de conocimiento da lugar al dualismo '*ciencias naturales*' - '*ciencias "sociales"*'.

13. En las discusiones acerca de la regulación y la valoración jurídica de las familias configuradas a partir de uniones maritales entre personas homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales, el concepto de "naturaleza", propio de las ciencias naturales (no el de las ciencias sociales, en donde también funciona),

ha desempeñado históricamente un papel preponderante en la consolidación del paradigma biologista. En efecto, en la historia del matrimonio heterosexual en Occidente, ha prevalecido la tesis de que este es algo “natural” y, en consecuencia, que el reconocimiento como institución matrimonial a las uniones maritales entre los sujetos homosexuales, implica una regulación “*contra natura*” que el derecho no puede acometer.

Esta tesis del carácter “natural” de la sexualidad, el matrimonio y la familia realizados por heterosexuales y, como contracara, del carácter “contranatural” de los realizados entre sujetos homosexuales, adolece de varias falacias. La principal falacia argumentativa de esta tesis se encuentra en la identidad que establece entre los conceptos “sexualidad” (reproductiva) y “matrimonio” como eventos naturales e indisolubles, identificación que proviene posiblemente de un monismo conceptual que unifica y absolutiza el sentido del concepto “naturaleza” en el significado de “condición biológica que permite la procreación”, marginado aquel espectro de la sexualidad humana (también biológico y natural), dirigido a la búsqueda de la satisfacción o el placer.

Como ocurre con todo monismo conceptual, el mayor inconveniente de esta reducción del significado del concepto “naturaleza” en la discusión sobre el tratamiento jurídico de las relaciones maritales no incluidas por el paradigma biologista, radica en la doble incapacidad discursiva que tiene, para, en primer lugar, denotar situaciones que siendo también “naturales” no son abarcadas por el marco significacional estándar del término “naturaleza”, entendido biológicamente; y, en segundo lugar, para abarcar aspectos del ser humano relacionados con su sexualidad que no son solo biológicos sino también, y principalmente, culturales y sociales.

Algunas de las categorías sociales que han sido valoradas como contravenciones de “la naturaleza”, es decir, “contranaturales”, son las figuras que corresponden a los denominados géneros y sexualidades diversos, como la homosexualidad, la bisexualidad, el transgenerismo, la transexualidad y la intersexualidad. En el proceso de organización de una sociedad esta recurre a lineamientos culturales a partir de los cuales los individuos enmarcan sus actuaciones, existiendo dos ámbitos de referencia, el “mundo natural (o mejor aún físico)” con sus leyes fijas, y el “mundo social” representado por las valoraciones y ficciones antropológicas, políticas, sociales y jurídicas que condicionan los marcos de acción de las personas y sus relaciones.

Estas valoraciones y ficciones funcionan como constructos culturales que fijan pautas de conducta social, que en algunos casos son presentadas como si se tratase de una cuestión de adecuación con “la naturaleza”. De esta forma, los individuos creen que ajustan sus actos a los cánones de “la naturaleza”, sin tener claro que las pautas que siguen son el resultado de una construcción sociocultural

mayoritaria, a partir de la cual ciertas conductas seguidas como patrones estándar son representadas socialmente como "instituciones naturales", cuya tendencia es ser históricamente estáticas.

Con esta práctica opera una falacia de biologización de la conducta cultural que sustrae del ámbito de la discusión y la dinámica social, situaciones ("naturales") que son eminentemente socioculturales, con todo y que tienen que ver con "la naturaleza", pero que también tienen, y que por demás es prevalente, un ámbito de regulación y significación sociocultural, como sucede precisamente con la sexualidad, la constitución de la familia y el matrimonio.

Esta biologización de la conducta social representa un poder de configuración biopolítica de los comportamientos humanos que busca el direccionamiento de estos hacia marcos de acción normativizados según criterios de mayorías y de "normalidad" social. Esta intervención biopolítica originada a partir de los paradigmas biologista y de la masculinidad-macho, conforme a los cuales el matrimonio heterosexual y procreativo se define como un hecho "natural", conlleva considerar una contravención a "la naturaleza" la idea de autorizar jurídicamente el matrimonio entre personas de géneros y sexualidades diversas al matrimonio tradicional entre personas de género y sexualidad heterosexual.

Conforme a una 'tesis institucional' de la relación "sexualidad-matrimonio-familia" esta biopolítica debe ser fisurada para admitir que la sexualidad, el matrimonio y la familia tienen relaciones en el marco de su consideración como construcciones socioculturales y, por lo tanto, son susceptibles de ser intervenidos o regulados por el derecho sin limitaciones del tipo de lo "contranatural". Un desarrollo de la 'tesis institucional' generador de una fisura biopolítica como la propuesta, surge de la sustitución del concepto de "paternalidad" por el de "parentalidad" como elemento nuclear para la configuración de una teoría social y jurídica de la familia contemporánea:

Es la eliminación de la relación sexual de los asuntos de parentesco lo que caracteriza a nuestra Modernidad, y es, lo que se denomina la parentalidad. La parentalidad "implica una simetría y una igualdad entre el padre y la madre en lo que concierne al orden familiar", pero que trastoca también la diferencia hombre-mujer. Al lugar de la diferencia sexual y de la ficción de relación que engendraría viene el mismizar, la equivalencia. Hay un borramiento del poder de la organización por a diferencia, como podía deducirse del parentesco (Sánchez, 2010, p. 80).

14. De otro lado, el discurso tradicional en torno a las relaciones de la tríada "sexualidad-matrimonio-familia", elaborado a partir de los paradigmas biologista

y de la sexualidad-macho, soslaya el carácter laico del Estado constitucional, en virtud del cual el derecho como institución estatal y social no debe regular las conductas sociales adoptando un enfoque confesional, pues no es un asunto del Estado y, en tal medida, del derecho, encauzar dichas instituciones, como por ejemplo, la familia, el matrimonio y la sexualidad hacia discursos normativos de alguno(s) de los tantos credos religiosos posibles (Miranda Salcedo, 2011), toda vez que, como libertad que es, la de cultos, está exclusivamente conminada al ejercicio de la autonomía personal y de la libertad de conciencia, de modo que su orientación desde algún credo en especial no debe dar lugar a un trato privilegiado sino a una valoración neutral por el derecho y el Estado.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta la inadecuación epistemológica, la ilegitimidad política y moral y la invalidez jurídica de los paradigmas biologista y cultural de la masculinidad-macho en el marco de un Estado constitucional de derecho, es necesario y pertinente un cambio en la regulación constitucional (artículo 42 Constitución Política) y en la interpretación doctrinaria y jurisprudencial de dicha regulación, respecto a las parejas conformadas por homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuados, que posibilite su inclusión equitativa e igualitaria como matrimonios y familias que merecen el mismo tratamiento y reconocimiento jurídico que las tradicionales.

Este giro regulativo y hermenéutico es un asunto de superación de prejuicios biologistas que nada tienen que ver con instituciones socioculturales y con derechos y valores constitucionales como la dignidad humana, la igualdad ante el derecho, el libre desarrollo de la personalidad y el laicismo estatal, mandatos cuya conquista es irrenunciable para una sociedad civil que ha optado por el Estado de derecho constitucional como modelo jurídico-político de convivencia:

Hemos pasado en Occidente de la familia patriarcal, a la familia organizada por la alianza, a los sistemas de parentesco, a las regulaciones del matrimonio, hasta llegar a que la familia se organiza tan solo a partir de los goces (y los deseos) que se ponen en juego en una "pareja" o emparejamiento". Hemos pasado de la familia nuclear, conyugal, burguesa, a un proceso doble- como anticipó Lacan en 1938, en "Los complejos familiares"- . Por una de expansión a familias combinadas, ensambladas, inventadas, combinaciones de parejas de distintos géneros y "diversas" elecciones de goce sexual, hasta grupos identificatorios o "tribus" que puedan hoy funcionar como la parental o suplirlo, y, por otro lado, un proceso de contracción, de reducción, casi hasta la desaparición, como en el caso de las inseminaciones por medio de procesos artificiales, reguladas por el mercado y llevadas a cabo, con "células" primigenias anónimas que pueden derivar en monoparentalidades decididas (Russo, 2010, p. 209-210).

V. El concepto de matrimonio de la Constitución colombiana: el artículo 42 del texto constitucional ¿cláusula de única interpretación?

16. En el marco de una serie de sentencias, entre las cuales se encuentran la C-283 de 2001, C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, C-029 de 2009, C-577 de 2011 y T-276 de 2012 y SU-214 de 2016, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una doctrina que podría adscribirse a la que aquí se ha denominado ‘tesis institucionalista’, sólo que moderada, sobre las relaciones entre los conceptos “sexualidad-familia-matrimonio”, que ha permitido el reconocimiento paulatino de prerrogativas jurídicas igualitarias para las familias conformadas por parejas de homosexuales (López Medina, 2016).

Sobre esta cuestión de las relaciones entre los conceptos “sexualidad-familia-matrimonio”, la Sentencia C-577 de 2011 combina una concepción institucionalista de la “sexualidad” y de la “familia” con una bióloga del “matrimonio” como forma de su constitución jurídica. En cuanto a la combinación de la tesis institucional de los conceptos de “sexualidad” y la “familia”, y dado que el problema jurídico resuelto en la sentencia tiene que ver con sujetos que prefieren una sexualidad homosexual, la Corte argumenta que en el derecho colombiano la homosexualidad no es un criterio jurídicamente aceptable para justificar la diferencia de trato o discriminación que respalde la negativa constitucional de reconocimiento de derechos igualitarios a los de los cónyuges, para las parejas formadas por homosexuales.

Para la Corte (Sentencia C-577 de 2011), la heterosexualidad no es el único elemento constitutivo del concepto de “familia”, dado que el aspecto relevante o determinante de dicho concepto son los lazos afectivos y fraternos generados entre los miembros de una pareja con vocación de convivencia y permanencia, con independencia de que la sexualidad de estos sea o no heterosexual: “La pareja, sea heterosexual u homosexual, tiene un proyecto de vida en común, una vocación de permanencia y comporta asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes”. (Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009).

Este aspecto identificador o determinante del concepto de “familia”, el de la vocación de convivencia permanente y solidaria de la pareja, da lugar a un sentido amplio o general de este concepto, a partir del cual tienen cabida familias conformadas por personas de orientación sexual diversa a la heterosexual e, incluso, las conformadas por más de dos miembros, siempre que a estos les unan lazos de afecto y de solidaridad mutuos, como es el caso, también, de las familias conformadas por parejas de homosexuales.

Según se dijo, esta concepción institucional de las relaciones entre “sexualidad” y “familia” estuvo articulada con una concepción bióloga del “matrimonio”. En efecto, la Corte Constitucional, al interpretar el enunciado del artículo 42 de la Constitución, concibe el “matrimonio” como forma o vínculo *jurídico* de la familia, en

contraste con la unión marital de hecho (Lemos, 2007), como una forma o vínculo “*natural*” de esta, soslayando con ello que en Colombia las uniones maritales “de hecho” son una institución *jurídica* en a partir de la vigencia de la Ley 54 de 1990, razón por la cual la caracterización de estas uniones como un vínculo “natural” es teóricamente incorrecta, teniendo en cuenta que esta figura de la unión marital de hecho es una regulación del derecho positivo colombiano y no de derecho natural.

Para la Corte Constitucional colombiana, a partir de una interpretación (biologista) de la semántica del artículo 42 constitucional, el “matrimonio” es un vínculo *jurídico* propio o exclusivo de las parejas heterosexuales, dado que éstas tienen una protección especial expresa en el inciso primero del mencionado artículo, la cual se justifica “no sólo por razones ligadas a una larga tradición, sino ante todo, porque garantiza el cambio de las generaciones y la prolongación de la comunidad constitutiva del elemento humano del Estado en la medida en que la libre expresión del consentimiento otorgado por los contrayentes es indicativa de la juridicidad de una relación que, por lo general, va a ser escenario favorable para el cuidado y la socialización de los descendientes” (Sentencia C-577 de 2011).

Respecto de esta posibilidad interpretativa, la Corte dejó de lado el aspecto de la derrotabilidad del significado que se puede atribuir a las expresiones “hombre” y “mujer” del artículo 42 constitucional citado, cuya asignación en el fallo en mención provino de referentes biológicos de dichos términos, soslayando que desde referentes antropológicos, sociológicos o de los estudios culturales, en fin de cuentas interdisciplinarios como los de una perspectiva de género, es jurídicamente válida una asignación de significado alternativa, en virtud de la cual la caracterización de una persona como “hombre” puede serlo aun habiendo nacido con aparato reproductor femenino, o de una persona como “mujer” con todo y haber nacido con aparato reproductivo masculino.

Ahora bien, hay una cuestión relativa a otros sujetos diferentes a los homosexuales, las parejas conformadas por “transexuales”, que en la misma condición de diversidad sexual que sirve de justificación al reconocimiento igualitario de las que conforman los homosexuales, merecen una protección constitucional también igualitaria de sus derechos, los que, infortunadamente, la Corte excluyó de su análisis.

Con esta exclusión, la Corte trata como dos cuestiones jurídicas distintas el matrimonio entre homosexuales y entre transexuales. Dicho tratamiento diferencial se origina en la comprensión que tiene la Corte respecto del matrimonio homosexual como aquel que se da entre personas que tienen un mismo “género”, a diferencia del que se da entre transexuales, que son personas que “cambian” de género:

El cuerpo como espacio simbólico representa una suerte de fricción entre quienes consideran la masculinidad y la feminidad como un

ordenamiento cuyas características sociales responden a patrones biológicos y quienes restan importancia a su materialidad frente al cúmulo de significados que se entretajan acerca de las diferencias de género. Sin embargo, estar cerca de una lógica que reconoce la centralidad de la cultura y de la historia en la construcción de identidad de género, también nos permite observar que las prácticas sociales llegan a permear las definiciones, los usos y los significados corporales de las personas en función de su diferencia sexual mucho más allá de su distinción hormonal y reproductiva (Faur, 2003, pp. 45-46).

En este caso, para la Corte, más que un problema parece que se trata de un obstáculo jurídico, en tanto no parece admitir como posible el tratamiento como "familias" a las uniones de parejas de transexuales o por personas que han llevado a cabo un "cambio de género" a partir de la reasignación de sexo.

17. La resolución del problema anterior incide en el planteamiento de la viabilidad jurídica del matrimonio entre personas homosexuales, por las siguientes razones: en primer lugar, porque si se acepta la viabilidad del "cambio de género", la cláusula del artículo 42 constitucional que regula el "matrimonio" como fuente jurídica que da origen a la "familia", previéndolo como un acto celebrado entre un "hombre" y una "mujer", admitiría como tales los actos celebrados entre aquellos sujetos como los transexuales cuyo sexo ha sido reasignado y a los que el derecho les permite, a partir de esta decisión de reconfigurar su identidad, el cambio de género y, con ello, de su personalidad jurídica.

En segundo lugar, porque de aceptarse, como corresponde con un diálogo de saberes entre las teorías sociales y las biológicas contemporáneas, que el "género" es una cuestión primordialmente social, cultural y jurídica, y no tanto biológica ni natural, el reconocimiento del derecho de las uniones conformadas por parejas de homosexuales a solemnizar jurídicamente estas como "matrimonios", en condiciones de igualdad respecto de los celebrados entre las parejas de heterosexuales, tendría que conllevar, *a fortiori*, la admisión de una igual potestad para solemnizar las uniones de parejas de transexuales, *so pena* de quebrantar de forma grotesca el principio constitucional de igualdad y su proscripción de discriminación, precisamente, por razones de sexo.²

A partir del anterior argumento, esta distinción de la Corte Constitucional que diferencia las situaciones jurídicas de las parejas "homosexuales" respecto de las "transexuales", además de configurar una discriminación en contra de estas últimas, es reduccionista de las potencialidades jurídicas de la 'tesis institucional' respecto

2 Constitución Política de Colombia, artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (resaltados añadidos).

de las relaciones entre la tríada “sexualidad-matrimonio-familia”, la cual ha venido adoptando en su reciente jurisprudencia, y a partir de cuyo despliegue amplio sería más apropiado el uso de la categoría “parejas de personas de la comunidad LGTBI”, en la discusión sobre la formalización jurídica como “familias” configuradas a través del “matrimonio”, de las parejas conformadas por las personas de esta comunidad, que debería también ser entendida desde un enfoque institucional en lugar de uno biologista, dado que sólo son combinables, sin incurrir en razonamientos falaces (como la falacia naturalista), concepciones institucionales de dichos conceptos “sexualidad-familia-matrimonio”.

La combinación de dos concepciones institucionalistas de la “sexualidad” y la “familia”, con una biologista del “matrimonio”, es un caso de la falacia naturalista que pretende derivar del ser (la naturaleza biológica) el deber ser, entendido como la regulación jurídica de ciertas conductas, en este caso, la de permitir y proteger el “matrimonio” como un acto jurídico sólo si se realiza entre parejas integradas por un “hombre” y una “mujer” (biológicamente definidos), que tienen, además, una sexualidad heterosexual y primordialmente procreativa.

Argumentar que “la naturaleza” (en este caso biológica) “habla por sí misma”, al interpretar el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, privilegiando como inderrotable el significado atribuible a las expresiones “hombre” y “mujer” de dicho enunciado, implica incurrir en la falacia naturalista, en un saber como el jurídico, que no sólo es normativo sino también integrado a las ciencias humanas y culturales, que son una construcción sociopolítica y cultural cuyo objeto son las relaciones sociales, no “la naturaleza” biológica, falacia que, en cuanto argumento defectuoso o incorrectamente formulado, es inidónea para resolver jurídicamente este tipo de problemáticas.

18. Como un avance progresivo de la ‘tesis institucional’, ante la contradicción de afirmar que las parejas de homosexuales constituyen “familia” pero que no pueden celebrar el acto jurídico del “matrimonio” para formalizar su vínculo, toda vez que el artículo 42 constitucional lo regula expresamente solo para las parejas heterosexuales, la Corte Constitucional emite la sentencia SU- 214 de 2016. Con fundamento en los principios constitucionales de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, la Corte indica que una interpretación válida o acorde con estos principios conlleva que si bien el texto constitucional consagra en forma expresa el derecho al matrimonio para las parejas de heterosexuales, no establece la prohibición de casarse para otras parejas, si se pretende garantizar que estas ejerzan sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones, porque el contenido esencial de los valores, principios y derechos fundamentales en juego en este problema, sólo puede determinarse a partir de su interpretación sistemática (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016).

Para salvaguardar la igualdad y superar el déficit de esta, que pesa en contra de las parejas homosexuales, la Corte Constitucional colombiana ordena que la

formalización y solemnización del vínculo entre ellas se pueda realizar por la celebración de matrimonio civil ante los Notarios Públicos o Jueces Civiles Municipales, acto que debe ser inscrito en la Registraduría Nacional del Estado Civil, y reconoce los mismos efectos que el matrimonio entre parejas heterosexuales.

Bajo esta nueva perspectiva la Corte abandona parcialmente el monismo conceptual biologista de las relaciones entre los conceptos de "familia" y "matrimonio", para promover un pluralismo conceptual de estas relaciones, afianzado en la relevancia del respeto, la ayuda mutua y el afecto entre las personas que deciden conformar una "familia" a través del "matrimonio", con independencia de su "sexualidad" procreadora, comprensión que armoniza con la aspiración de un Estado constitucional que se construye para el servicio de los ciudadanos y se justifica en el laicismo estatal y social, el respeto a la pluralidad, a la diversidad cultural y a la garantía de la igualdad.

Esta perspectiva de reconocimiento igualitario es la que recomienda la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva 24/17 del 24 de noviembre de 2017), para todos los Estados integrantes del Sistema:

Para la Corte es claro que las personas LGBTI afrontan diversas manifestaciones de violencia y discriminación, aunque también existe un consenso entre varios países de la región según el cual se considera necesario tomar medidas para combatir este flagelo. Tan es así, que la mayoría de los Estados miembros de la OEA han aceptado voluntariamente, en el contexto del Examen Periódico Universal de Naciones Unidas, recomendaciones para hacer frente a la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (p. 27).

6. La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199" (p. 88).

8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.

VI. Conclusiones

A partir de las consideraciones expuestas consideramos que pueden ser formuladas las siguientes conclusiones generales:

1. A un modelo de Estado constitucional de derecho, laico y democrático, corresponde una 'tesis institucional' y no una biológica de los conceptos "sexualidad", "familia" y "matrimonio", y de sus relaciones. Con ello, el uso biopolítico de enfoques biológicos y confesionales en la configuración del derecho de familia, tanto legislativo como judicial, resulta contrario a dicho modelo de Estado e incompatible con una construcción pluralista de las ideologías y de las prácticas sociales coherente con este modelo.

2. Es necesaria una desconstrucción y reconstrucción de las categorías y los discursos jurídicos y sociales acerca de los conceptos de "sexualidad", "familia" y "matrimonio", en clave de una concepción institucionalista y no-biológica de ellos. Respecto a este, es muy importante proveerse de la fundamentación sociológica y antropológica de los discursos relativos a las nuevas masculinidades, como forma de encarar, con mejores elementos teóricos, las exigencias de construcción de nuevos sujetos y relaciones sociales cuya regulación jurídica pueda ser acometida sin prejuicios respecto de los sentidos y significados que pueden ser considerados válidos para las instituciones de la "sexualidad", el "matrimonio" y la "familia" en una sociedad plural y democrática.

3. Es coherente con la 'tesis institucional' de la tríada "sexualidad-matrimonio-familia" la reivindicación en la dogmática y la jurisprudencia del derecho de familia, un concepto de "matrimonio" basado en los lazos de solidaridad y fraternidad de los integrantes de la pareja como criterio identitario relevante de esta institución, y no en el privilegio de la sexualidad heterosexual y reproductiva practicada por sus integrantes. Este concepto permite superar los niveles de discriminación que surgen, *prima facie*, desde la regulación normativa constitucional vigente en el artículo 42 de la Carta Política colombiana en contra de los derechos a la igualdad y a la libertad de los integrantes de parejas no heterosexuales y de familias homoparentales unidas por lazos familiares fraternales, niveles que deben ser argumentativamente derrotados en correspondencia con los marcos constitucionales trazados por un genuino Estado constitucional y democrático de derecho, que garantice y fomente el respeto de la diferencia, la diversidad, la igualdad y la dignidad de sus ciudadanos y grupos sociales.

Referencias

Adame, M. (2003). ¿Universalidad o historicidad de la familia capitalista? Del patriarcalismo a la familia pos-ciber-moderna: crisis y alternativas. En: Boletín de Antropología Americana, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Vol. 39, pp. 145-156.

- Butler, J. (1996). *Variaciones sobre sexo y género: Beauvoir, Wittig y Foucault*. En Iamas, Marta (comp.) *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Porrúa p. 36 y ss.
- Castelin-Meunier, C. (1999). *De la complejidad de los nuevos lugares parentales*, Trad. Gisella Daza. En: *Nómadas*, Universidad Central, Colombia, No. 11, pp.88-100.
- Calvo, K. (2010). *Reconocimiento, ciudadanía y políticas públicas hacia las uniones homosexuales en Europa* Reis, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, No. 129, España. pp. 37-59.
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-221 (1994).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-283 (2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 (2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-811 (2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 (2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-798 (2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-029 (2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 (2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-276 (2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-214 (2016).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24/17 del 24 de noviembre de 2017. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Córdova Plaza, R. (2011). *Sexualidades disidentes: entre cuerpos normatizados y cuerpos lábiles*. En: *Revista de Estudios de Género. La ventana*, México, Vol. IV, No. 33, pp. 42-72. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/laven/v4n33/v4n33a4.pdf>
- Díaz Benítez, M. E. (2012) *Estéticas macho: representaciones de la masculinidad en la pornografía comercial*. Disponible en <http://www.redmasculinidades.com/sites/default/files/archivos/biblioteca/00165.pdf>.
- Faur, E. (2003). ¿Escrito en el cuerpo? Género y derechos humanos en la adolescencia. En CHECA, Susana (Comp.). *Género, sexualidad y derechos reproductivos en la adolescencia*, Argentina, Paidós.
- Foucault, M. (1991). *Historia de la sexualidad, la voluntad del saber*. Vol. 1. España: siglo XXI editores.
- Gallego Montes, Gabriel/ VASCO A., José Fernando (2010). *El reconocimiento al derecho de unión entre personas del mismo sexo: el caso de Colombia, argentina, Uruguay y el distrito federal en México*, En: *Revista Latinoamericana Estudios de Familia*, México, Vol. 2, pp. 176-194.

- García Leal, A. (2005). *La conjura de los machos: una visión evolucionista de la sexualidad humana*, Colombia, Metatemas.
- García, G. D. (2004). *Cruzando los umbrales del secreto acercamiento a una sociología de la sexualidad*, Colombia, Universidad Pontificia Javeriana.
- Guasch, O. (2000). *La crisis de la heterosexualidad*, España, Laertes.
- Guasch, O. (2002). *Sociología de la sexualidad: una aproximación a la diversidad sexual*. España, Portic.
- Gómez Castrillón, L.A. (2012). *Derecho penal sexual: un caso de discurso moral religioso*, En: Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia, Vol. LXIX, N° 154, pp. 678-701.
- La Torre, M. (2006). *Teorías institucionalistas del derecho (Esbozo de una voz de enciclopedia)*, En: Derechos y libertades, No. 14, Época II, pp. 103-112
- Lemos, S. M. (2007). *La familia de Hecho ¿Hacia la igualdad familiar?* Colombia, Librería jurídica Sanchez.
- López De La Vieja, M. T. (2014). *Bioética feminista*, en: Dilemata, Año 6, No. 15, España, pp. 146-152.
- López Medina, D.E. (2016). *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual en Colombia*, Legis, Colombia.
- MacCormick, N. (2011). *Instituciones del derecho*, traducción de Fernando Atria y Samuel Tschorne, España, Marcial Pons.
- Meléndez Zermeño, F. (2011). *La diversidad de los cuerpos y las familias*. En: Revista de Estudios de Género. La ventana, México, Vol. IV, No. 33, pp. 197-209. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/laven/v4n33/v4n33a8.pdf>
- Millán Ortiz, G. (2011). *El derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo*. En: Debate Feminista, año 22, vol. 44, pp. 153-173. Disponible en: http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/044_08.pdf.
- Mir Puig, S. (2005). *Límites del normativismo en derecho penal*, En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 7, 2005, pp. 1-24. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>
- Miranda Salcedo, D. (2011). *La dinámica de la construcción legal y religiosa de la familia en Colombia 1850-1930*. En: Advocatus, Edición Especial N°16, Colombia, Universidad Libre Seccional Barranquilla, pp. 133-158,
- Morales Escudero, A. (2012). *Nuevas realidades: posibilidades de transformación en cuanto a la procreación como uno de los fines del matrimonio*, En: Temas Socio-jurídicos, Colombia, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Vol. 30, No. 63, pp. 114-122.
- Muñoz Sánchez, H. (2017). *Hacerse hombres: la construcción e las masculinidades desde las subjetividades*, Universidad de Antioquia-Fondo Editorial Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Colombia, 2017.

- Otis-Cour, L. (2000). *Historia de la pareja en la Edad Media*, traducción de Antón Dieterich, España, Siglo XXI.
- Pereda Gámez, J. (2006). *El cambio de las estructuras familiares y la modernización del derecho de familia*. En NAVAS NAVARRO, S. *Matrimonio homosexual y adopción*, España, Reus, pp. 204-225.
- Platero, M. R. (2007). *Entre la invisibilidad y la igualdad formal: perspectivas feministas ante la representación del lesbianismo en el matrimonio homosexual*. En SIMONIS, A. *Cultura, homosexualidad y homofobia*, España, Laertes, pp. 102 ss.
- Rosa, C. (2011). *Hacia una nueva política sexual, las mujeres ante la reacción patriarcal*, España, Catarata.
- Roudinesco, E. (2003). *La familia en desorden*. Argentina, Fondo de Cultura Económica.
- Russo, P. (2010). ¿Qué hacer con la parentalidad? En: Torres, Mónica. *Et, al. (Comps.). Uniones del mismo sexo. Diferencia, invención y sexuación*, Argentina, Grama, pp. 209-210.
- Uribe Álvarez, R. (2012). Ética laica de los derechos sexuales y reproductivos en el Estado constitucional. En: *Criterio Jurídico*, Vol. 12, No. 2, 2012, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana de Cali, pp. 103-120. Disponible en <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/622/817>.
- Vargas Trujillo, E. (2013). *Sexualidad ... mucho más que sexo: una guía para mantener una sexualidad saludable*, Colombia, Uniandes-Ceso.
- Viveros, V. M. (2002). *De quebradores y cumplidores: sobre hombres, masculinidades y relaciones de género en Colombia*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia.



Título: Si Dios quiere. Fotografía 2018

El derecho a la palabra. El testimonio en el Juicio por la Verdad en Mar del Plata, Argentina*

Estefanía Di Meglio**

Resumen

El presente trabajo se centra en la figura del testimonio de una de las audiencias en el Juicio por la Verdad en Mar del Plata (2001). Tal modalidad de juicios se desarrolló en diferentes ciudades de Argentina con el objeto de reconstruir la verdad sobre los crímenes perpetrados por los genocidas de la última dictadura (1976-1983). La hipótesis que lo guía estriba en el hecho de que, ante la carencia de otras formas judiciales para juzgar a los represores responsables de los crímenes cometidos durante la última dictadura en Argentina (1976-1983) y frente a la impunidad imperante, estos juicios se construyen como una forma alternativa del derecho y la justicia al momento de dar lugar a los testigos-víctimas y son, por lo tanto, modos de reparación. El objetivo general es ver cómo el declarante construye un metatexto para reflexionar sobre los Juicios por la Verdad y sobre los alcances del concepto de verdad. Uno de los aportes importantes del estudio de estos juicios es que son plausibles de conectarse con los actuales juicios de carácter punitivo en Argentina. El método de estudio radica en un análisis lingüístico y discursivo de la declaración, que toma en consideración las relaciones texto-contexto (histórico, social, político y jurídico).

Palabras clave: dictadura argentina; Juicios por la Verdad; testimonio; reparación.

The right to speak. Testimony in Truth Trial in Mar del Plata, Argentina

Abstract

The present article aims to analyze a testimony of one of the audiences in the Truth Trial in Mar del Plata (2001). This type of trial was developed in different cities of Argentina in order to reconstruct the truth about the crimes perpetrated by the genocide of the latest dictatorship (1976-1983). The hypothesis that guides it lies in the fact that, in the absence of other judicial forms to judge the repressors responsible for the crimes committed during the last dictatorship in Argentina (1976-1983) and facing the prevailing impunity, these lawsuits are constructed as an alternative way for law and justice at the time of giving rise to witness-victims and are, therefore, modes of reparation. The general goal of this paper is focused on seeing how the declarant constructs a metatext to reflect on the Truth Trials and on the scope of the concept of truth. One of the important contributions of the study of these trials is that they are plausible to be connected with the current punitive trials in Argentina. The method of study is based on a linguistic and discursive analysis of the declaration (the testimony of a victim), which takes into consideration text-context relationships (historical, social, political and legal).

Keywords: argentinean dictatorship; truth trials; testimony; reparation.

O direito à palavra. Depoimento no julgamento pela Verdade em Mar del Plata, Argentina

Resumo:

Este artigo concentra-se na figura do depoimento de uma das audiências no Julgamento pela Verdade em Mar del Plata (2001). Tal modalidade de julgamentos se desenvolveu em diferentes cidades da Argentina com o objetivo de reconstruir a verdade sobre os crimes executados pelos genocidas da última ditadura (1976-1983). A hipótese que o guia consiste em que, perante a carência de outras formas judiciais para julgar os repressores responsáveis dos crimes cometidos durante a última ditadura na Argentina (1976-1983) e perante a impunidade que impera, estes julgamentos constituem-se como uma forma alternativa do direito e da justiça ao momento de dar lugar aos testemunhas-vítimas e são, conseqüentemente, modos de reparação. O objetivo geral é ver como o depoente constrói um metatexto para refletir sobre os Julgamentos pela Verdade e sobre os alcances do conceito de verdade. Uma das contribuições importantes do estudo destes julgamentos é que são plausíveis de conectar-se com os atuais julgamentos de caráter punitivo na Argentina. O método de estudo reside em uma análise linguística e discursiva do depoimento, que leva em consideração as relações texto-contexto (histórico, social, político e jurídico).

Palavras-chave: ditadura argentina; julgamentos pela verdade; depoimento; reparação.

* Artículo de investigación, realizado en el marco del proyecto *La reescritura/relectura de la última dictadura en Argentina desde los márgenes del discurso del poder (1990-2010)*. Grupos de investigación: *Violencia, justicia y derechos humanos* (radicado en la UNMdP); la línea de investigación del grupo está trazada por los estudios sobre la última dictadura en Argentina, con preferencia el estudio se orienta al nivel local, concretamente, la ciudad de Mar del Plata. *Estudios de teoría literaria* (radicado en la UNMdP); la línea de investigación de dicho grupo está marcada por las relaciones entre literatura, campo intelectual y cultural política en la Argentina de los siglos XIX y XX. Instituciones que financiaron el proyecto: Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP) y Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Fecha de terminación de la investigación: 2013 (el proyecto mencionado). La investigación sobre el tema del pasado reciente en Argentina continúa en la actualidad. Centro de Letras Hispanoamericanas, radicado en el Departamento de Letras de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

** Profesora y Licenciada en Letras. Tesista en la Maestría en Letras Hispánicas y el Doctorado en Letras. Integrante de los grupos de investigación: *Violencia, justicia y derechos humanos* y *Estudios de teoría literaria* (radicados ambos en la UNMdP). Profesora ayudante en las materias "Introducción a la Literatura" y "Teoría y crítica literarias II" de la carrera de Letras (UNMdP). Línea de investigación del autor: discursos ficcionales (novelas, poesías y obras de teatro) y no ficticios sobre la última dictadura en Argentina. Correo electrónico: estefaniadimeglio@gmail.com

Cómo citar este artículo: Di Meglio, E. (2017). El derecho a la palabra. Testimonio en el Juicio por la Verdad en Mar del Plata, Argentina. *Estudios de Derecho*, 74 (164), pp-pp. 151-181.

DOI: 10.17533/udea.esde.v74n164a07

Fecha de recepción: 3 de mayo de 2017 • Fecha de aprobación: 23 de mayo de 2018

El derecho a la palabra. El testimonio en el Juicio por la Verdad en Mar del Plata, Argentina

Introducción

*La realidad está allí, disponible.
La palabra también.
No obstante, una duda me asalta
sobre la posibilidad de contar.
No porque la experiencia vivida sea indecible.
Ha sido invivible.*

Jorge Semprún, La escritura o la vida

El presente trabajo se centra en la figura del testimonio de una de las audiencias en el Juicio por la Verdad en Mar del Plata (provincia de Buenos Aires, Argentina), en febrero del año 2001. Tal modalidad de juicios se desarrolló en diferentes ciudades de Argentina con el objeto de reconstruir la verdad sobre los crímenes perpetrados por los genocidas de la última dictadura en este país (1976-1983). La hipótesis que guía el artículo estriba en el hecho de que, ante la carencia de otras formas judiciales para juzgar a los represores responsables de los crímenes cometidos y frente a la impunidad imperante, estas instancias jurídicas se construyen como una forma alternativa del derecho y la justicia al momento de dar lugar a los testigos-víctimas. Concretamente, aquellos cuyas voces fueron relegadas a la marginalidad y el olvido, encuentran en el espacio legitimado de tales juicios el derecho de dar a conocer su voz, reconstruyendo su verdad individual e histórica por medio del testimonio, con lo que se advierte además su carácter reparador. El juicio se dimensiona como un espacio desde donde el sujeto que testimonia encuentra el lugar vedado en otros ámbitos de lo social.

Alfredo Nicolás Battaglia, testimonio en cuestión, fue un abogado laboralista y dirigente del Partido Comunista Argentino que dedicó su carrera, hasta el final de sus días en 2012, a la defensa de los derechos de los trabajadores.¹ Fue también candidato a intendente del partido de Dolores (provincia de Buenos Aires) por el comunismo en 1958. A raíz de esto, fue secuestrado a las tres de la madrugada del día 25 de marzo de 1976 (tan solo unas horas después del Golpe de Estado) y llevado a diferentes centros clandestinos de detención, tortura y exterminio (CCDTE) en diversas ciudades del país. Todo esto, llevado a cabo por una dictadura que, como todas, no toleraba ninguna ideología opuesta –o tan solo ligeramente diferente– a la suya. Sin dudas, para un gobierno cuyo plan económico se basaba en el neoliberalismo y con ello en la liberalización financiera y la desregulación laboral, cualquier forma de defensa de los trabajadores –y con esto léase, uno de los sectores más desprotegidos– significaba un modo inexorable de oponerse al régimen. Por ello, este último dimensionó a tales profesionales como un claro “enemigo” suyo. Durante la llamada Noche de las Corbatas (nombre dado por los propios represores)² que tuvo lugar entre el 6 y 7 de julio de 1977, seis abogados laboristas fueron secuestrados en la ciudad costera de Mar del Plata por un grupo del Ejército Argentino. Los profesionales fueron torturados, conforme a las cruentas prácticas del sistema represivo más sangriento de la historia argentina, en reiteradas oportunidades (torturas físicas y psicológicas). Algunos de ellos fueron desaparecidos por el régimen. Los testimonios de sobrevivientes y testigos secundarios permitieron reconstruir los crímenes perpetrados por los secuestradores, torturadores y genocidas.

El presente trabajo se centra en uno de esos testimonios, a saber, el primero en el Juicio por la Verdad en Mar del Plata (junto con el de Julio D’Auro), el día 5 de febrero de 2001. El objetivo general es observar cómo el declarante elegido, Battaglia construye todo un metatexto o metadiscurso para reflexionar, en términos generales y que trascienden su experiencia personal, sobre los Juicios por la Verdad y, concretamente, sobre las torsiones y alcances del concepto de verdad. Es por ello que, si bien en los juicios declararon también los genocidas y no solamente las víctimas, en este trabajo el objeto recorta solo uno de los testimonios, que corresponde a uno de los afectados. Entre los aportes del

1 En diciembre de 2012 fue declarado “Ciudadano Ejemplar” pos mortem por el Honorable Concejo Deliberante del Partido de General Pueyrredon (al que pertenece la ciudad de Mar del Plata), “por su defensa y militancia de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional y trayectoria inspiradora y modelo para la sociedad” (fuente: Boletín digital del Honorable Concejo Deliberante).

2 En su libro *La Noche de las Corbatas* (2016), Felipe Celesia y Pablo Waisberg reconstruyen el momento de esta denominación: “El represor circulaba entre los cinco abogados con lentitud, marcando cada paso con los tacos. —¿Qué es esto? —preguntaba, hacía una pausa breve y respondía: —Esta es la Noche de las Corbatas. A sus pies estaban las víctimas: encapuchadas, torturadas, temerosas y confundidas. —¿Qué es esto? —insistía—. Esta es la Noche de las Corbatas, pero resulta que ahora los que administramos justicia somos nosotros” (2016, p. 11).

estudio de tales juicios se halla el hecho de que permiten conectarse con los actuales juicios de carácter punitivo en Argentina, con el nuevo ciclo de justicia penal en cuanto a los crímenes perpetrados durante la última dictadura, ya que, como lo sostiene Elizabeth Jelin, las formas de la memoria en el presente (una de estas formas se cristaliza en los juicios) están condicionadas por los modos en los que se recordó en el pasado (según el concepto de *path dependency*) (Jelin en Vinyes, 2009, p. 123).

En cuanto al método de estudio, radica en un análisis lingüístico y discursivo de la declaración, que toma en consideración las relaciones texto-contexto-histórico, social, político y jurídico. Para ello, tomamos los aportes de la lingüística funcional, concretamente, los efectuados por uno de sus principales exponentes, M.A.K. Halliday: su planteo que parte de investigar la lengua y sus contextos o, también, el uso de la lengua en un contexto particular. Pero sobre todo resultan de capital importancia los postulados de uno de los pilares en los estudios del discurso desde una perspectiva gramática, lingüística y pragmática que también tiene en cuenta lo ideológico. Se trata de Teun van Dijk. En su texto *Estructuras y funciones del discurso* (1988) plantea la importancia del análisis textual en tanto que permite un estudio del discurso que simultáneamente se vincule con el contexto social e institucional. En este sentido, se refiere al hecho de que “una gramática del texto proporciona una mejor base para el estudio del discurso y la conversación en el *contexto social interaccional e institucional*” (1988, p. 19). Así, para el caso del presente trabajo, se notará que son relevantes tanto el contenido del texto como la forma de enunciar tal contenido, ambos en relación con el contexto histórico, político e institucional del campo de la justicia. La declaración de Battaglia dialoga con su contexto inmediato del juicio, así como con una situación política, jurídica (y hasta económica) del contexto mediato. Finalmente, entre una perspectiva lingüística y de los estudios culturales, son funcionales los aportes de George Steiner, para quien “(...) el lenguaje es el misterio que define al hombre, de que en éste su identidad y su presencia histórica se hacen explícitas de manera única” (Steiner, 2000, p. 15). Sin dudas, en el lenguaje se inscribe la historia y así se verá en el testimonio de Battaglia, el cual reflexiona sobre términos bien específicos utilizados en y por la dictadura argentina, como lo es el de “subversivo”.

El artículo consiste de una primera parte que revisa los vaivenes entre el silencio impuesto, el olvido y la memoria, con un corte temporal que va desde el gobierno de facto hasta los tiempos actuales; una segunda sección que delimita ciertos aspectos –sobre todo el de la reparación– de los Juicios por la Verdad, trazando un estado teórico de la cuestión; una tercera parte en la que se analizan fragmentos de la declaración del testimonio tomado para el presente trabajo; finalmente, las conclusiones del análisis.

Variaciones del silencio, el olvido y la memoria

El silencio característico de todo régimen de facto impuesto por la última dictadura en Argentina (1976-1983) se extendió sobre la posdictadura, hasta el año 2003. El acallamiento de toda voz disidente y contraria durante el gobierno militar tuvo su correlato en el silenciamiento de lo sucedido, bajo el pacto de silencio de los represores, en un primer momento, y en el manto de silencio tendido por sucesivos gobiernos democráticos, en una segunda instancia, amparados muchas veces en el irrisorio argumento del olvido de los hechos en pos de la reconciliación³ y la reconstrucción democrática,⁴ argumento que rozó los extremos de la radicalización del olvido en intentos de destrucción de lugares que constituían pruebas materiales fundamentales del horror.⁵ Las décadas de impunidad dejan al margen el relato de quienes retornaron de esa lógica paralela –siniestra y ominosa del mundo de los represores y la tortura– a la realidad corriente (La Capra, 2006, pp. 161-162). Claro que, como en todo gobierno, siempre hay voces disidentes que se pronuncian, voces que provienen desde espacios minoritarios y que cuestionan la postura del oficialismo. De hecho, los organismos de derechos humanos dieron a conocer su voz en todo momento, desde el mismo instante de la dictadura. Algo similar sucede con los testimonios del horror vivido, que solo tienen aquiescencia en determinados ámbitos y es por ello que, como se dijo, se convierten en marginales. Ante un discurso que se pretende omnímodo y cerrado, surgen otros que lo cuestionan y que dejan al descubierto su carácter fragmentario, falaz e incompleto. En términos de Raymond Williams, se trata de discursos

-
- 3 El concepto *reconciliación* es empleado desde la inmediata posdictadura, asociado falazmente con la idea de pacificación pero con la estrategia subyacente de sepultar el pasado en el silencio y el olvido.
 - 4 Nicole Louraux explica que “después de la derrota militar de Atenas y de la oligarquía de los Treinta, la prohibición de recordar las desgracias sella la reconciliación democrática”, a la que se denomina “amnistía modelo –paradigma de todas aquellas que conocerá la historia occidental” (en Yerushalmi, 1989, p. 30). No obstante, nunca el silencio es total y el pasado retorna no solo explícitamente sino también bajo lo que puede expresarse en términos psicoanalíticos como “el retorno de lo reprimido”.
 - 5 Como propuso hacerlo el entonces presidente Carlos Saúl Menem con el predio de la Ex ESMA (Escuela Superior de Mecánica de la Armada, situada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), la cual funcionó como uno de los seiscientos centros clandestinos de detención y tortura durante la dictadura. Menem pretendía el traslado y demolición de los edificios para su conversión en un “parque de la reconciliación”, en 1998 (cfr. Crenzel, 2010, pp. 94 y 132). Lejos de significar una apertura al diálogo sobre el pasado reciente, la demolición de lo que podía ser prueba jurídica (y que efectivamente lo fue, además de que dicho predio fue expropiado a la Armada y parte de él se convirtió en un Espacio para la Memoria gracias a las políticas implementadas desde 2003 por el gobierno de Néstor Kirchner y continuadas en los mandatos de Cristina Fernández de Kirchner en el lapso 2007-2015) pretendía ser una nueva clausura del pasado. Menem ya se había pronunciado, en marzo de 1996, sobre la “necesidad de reconciliación”. Pero lo cierto es que a esto subyacía, más bien, su necesidad de “disciplinar” los discursos sobre el pasado y evitar el conflicto: en 1995 un militar “arrepentido”, Adolfo Silingo, habla públicamente sobre los denominados vuelos de la muerte (vuelos en los que secuestrados eran arrojados con vida al Río de La Plata o al mar); durante el mismo año el general Martín Balza hace una autocrítica sobre lo actuado; pero sobre todo, en 1995 surge un nuevo organismo de Derechos Humanos que pone a circular nuevos discursos sobre el pasado. Se trata de H.I.J.O.S. (Hijos e Hijas por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio). Sin ir más lejos, y como se verá, Menem fue quien indultó a los militares condenados en el Juicio a las Juntas, llevado a cabo en 1985.

emergentes que se modulan frente a una hegemonía o a un discurso dominante que se impone mayoritariamente (Williams, 2000).

Los perseguidos por el régimen sufrieron el silenciamiento comenzando por la censura de sus discursos hasta llegar a ser objeto, en muchos casos, del objetivo final de la persecución de los represores: la eliminación y desaparición del cuerpo. El “por algo será”, reproducido por la sociedad civil en dictadura se resignificó en la posdictadura, imprimiéndose en los sobrevivientes como un sello que los estigmatizaba (Jelin, 2010, p. 242).⁶ Se trataba, además, de una sociedad que no se hallaba preparada para la escucha de acontecimientos fundados en el mismo seno del horror y lo traumático: la sociedad “no quiere saber lo que los desaparecidos tienen para contar” (Vezzetti, 2002, p. 181; Pollak, 2006, p. 24).⁷ “Hay testigos que no encuentran nunca la audiencia capaz de escucharlos y de oírlos” (2008, p. 217), sentencia Paul Ricoeur. No es asunto menor el que no haya un espacio habilitado para la escucha, en tanto que se carece de interlocutores dispuestos a ser receptores del relato de lo siniestro. Beatriz Sarlo lo formula en los siguientes términos:

En este punto, es indudable que fueron las organizaciones de derechos humanos las que, desde los rasgos novedosos de su práctica, contestaron a esta política de olvido con una reivindicación de la memoria. Sin embargo, no toda la sociedad podía escuchar su discurso, especialmente en momentos en que esa escucha era físicamente más peligrosa que el olvido (1987, p. 33).

Por su parte, Elizabeth Jelin, esboza:

6 Mientras tenía lugar el régimen castrense en Argentina, parte de la sociedad fue cómplice desde lo discursivo de los secuestros y desapariciones, complicidad que se expresaba por medio de enunciados como el “por algo será”, referido a la gente que “se llevaban”, es decir, a quienes desaparecían. La igualmente siniestra “algo habrán hecho” [“para que se los llevarán”] era una expresión también escuchada durante (y después de) la dictadura (Jelin en Crenzel, 2010, p. 242). La lógica que reproducía la perversión de la frase ya luego del régimen militar se basaba en el razonamiento que llevaba a concluir que “algo habrán hecho” quienes sobrevivieron para precisamente sobrevivir y salvarse del destino que le tocó al resto de los secuestrados que no sobrevivieron. Ese “algo” aludía a la colaboración con el régimen. A propósito del “tema del traidor y del héroe” (usando la frase que da título al cuento de Jorge Luis Borges), Daniel Badenes y Lucas Miguel aseveran que “la consigna *todos los sobrevivientes son traidores, todos los desaparecidos son héroes* –repetida en algunos ámbitos militantes– no abarca ni la complejidad ni la dramaticidad de la vida y la muerte en los campos de concentración y exterminio de la dictadura” (2007, p. 9). (Destacado en el original). Hugo Vezzetti también trabaja este aspecto en su libro *Sobre la violencia revolucionaria* (2009, p. 143).

7 Como lo demarca Jorge Semprún, sobreviviente del genocidio nazi, a menudo el problema no estriba tanto en la dificultad de hablar sobre el horror, sino en encontrar un interlocutor dispuesto a escuchar ese trauma: “No es ése el problema –exclama otro enseguida–. El verdadero problema no estriba en contar, cualesquiera que fueren las dificultades. Sino en escuchar... ¿Estarán dispuestos a escuchar nuestras historias, incluso si las contamos bien?” (2004, p. 140). Este mismo temor manifiesta otro sobreviviente del horror del genocidio, Primo Levi: “Una cosa así había soñado yo, todos la habíamos soñado, en las noches de Auschwitz: hablar y no ser escuchados, encontrar la libertad y estar solos” (2006, p. 82).

Hay otra lógica del silencio. Para relatar sufrimientos, es necesario encontrar del otro lado la voluntad de escuchar (Laub, 1992; Pollak, 1990). Hay coyunturas políticas de transición –como en Chile a fines de los ochenta, o en Francia de la posguerra– en que la voluntad de reconstrucción es vivida como contradictoria con mensajes ligados a horrores del pasado. En el plano de las memorias individuales, el temor a ser incomprendido también lleva a silencios. Encontrar a otros con capacidad de escuchar es central en el proceso de quebrar silencios (Jelin, 2004, p. 15).

El silencio posee entonces diferentes enunciadores, con diversos motivos y se reviste de variadas significaciones, pero en casi la totalidad de los casos se da como consecuencia de la imposición del olvido.⁸ Con los Juicios por la Verdad, en cambio, el testigo-víctima encontrará un espacio de habilitación de la escucha, en el que parte del sistema judicial y de la sociedad se erigen como interlocutores válidos que legitiman tanto la posibilidad del relato del horror como la reconstrucción de una verdad y la recuperación de una historia.

Retomando el silencio, cabe señalar a los genocidas como los primeros que intentaron borrar todo registro de los crímenes, imponiendo primero el silencio en una sociedad víctima y cómplice al mismo tiempo y declarándose impunes al finalizar la dictadura mediante la denominada “Ley de Pacificación Nacional”, una auto amnistía que los hacía inmunes a todo castigo y por la que exigían un compromiso de no revisión sobre lo actuado.⁹ En otros términos, se trataba de una ley que entronizaba el silencio. Pero más allá de eso, en 1985 serían juzgadas las cúpulas militares, aunque con concesiones de la recién recuperada y endeble democracia. Luego vendrían las Leyes de impunidad: Ley de Punto Final (1986), por la que no podrían presentarse más denuncias que inculparan a los militares, y Ley de Obediencia Debida (1987), por la cual los delitos cometidos por integrantes del sistema represivo que hubieran estado por debajo del grado de coronel no eran punibles. A esto siguieron los indultos a los victimarios, en 1989 y 1990, por parte del entonces presidente Carlos Saúl Menem, que hicieron que los militares caminaran por las mismas calles que las víctimas a las que habían privado de su

8 Muy pocas voces pudieron modularse en contra del régimen. O, mejor dicho, no era fácil que se escuchara la disidencia en el seno del terror. Las organizaciones de derechos humanos, surgidas antes y durante la dictadura, fueron una de aquellas voces que lograron articular la denuncia de lo que estaba sucediendo. Asimismo, diversas manifestaciones de la cultura se levantaron en contra de los militares: la música, el teatro, la literatura, las artes plásticas son algunas de ellas. Una vez recuperada la democracia, estas disciplinas artísticas continúan con cuestiones como los pedidos de justicia, la elaboración del pasado reciente y la construcción de la memoria, con más o menos énfasis, dependiendo del contexto (de olvido, de silencio, de memoria) en el que se insertan en el campo de lo social.

9 Para una periodización de las diferentes fases o estadios de la memoria en Argentina se recomienda el libro de Daniel Lvovich y Jorgelina Bisquert, titulado *La cambiante memoria de la dictadura. Discursos sociales y legitimidad democrática*.

libertad y torturado, por las mismas plazas en las que las madres pedían justicia por sus hijos desaparecidos y asesinados.

De igual manera, modos de justicia particulares surgían en el país: se trató de los Juicios por la Verdad (iniciados en 1998 en la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, y replicados en diferentes ciudades del país), mediante los cuales no era posible castigar a los victimarios, es decir, no existía la posibilidad de condenarlos, pero sí de reconstruir una verdad jurídica sobre lo sucedido, a la vez que significaban una de las torsiones de la memoria en medio del silencio-olvido generalizado: sobrevivientes y familiares de víctimas podían hacer escuchar su palabra. Estos juicios fueron de capital importancia para aquellos posteriores, que finalmente sí lograron una condena a los represores (o al menos de parte de ellos) y que continúan en la actualidad. Es así que el juez Gabriel Cavallo declara la inconstitucionalidad de las Leyes de impunidad en 2001, en 2003 el Congreso de la Nación declara la nulidad de tales leyes y en 2005 la corte Suprema de Justicia las juzga inconstitucionales. Una nueva etapa se inaugura en la memoria y en la justicia en Argentina desde el gobierno de Néstor Kirchner (2003-2007): se articulan numerosas e importantes políticas de la memoria histórica, lo que constituirá un contexto particular para que los represores paguen (aunque ninguna condena pueda ser suficiente para solventar el horror) por sus crímenes, en un nuevo ciclo de justicia punitiva.¹⁰ De allí la importancia de analizar los Juicios por la Verdad,¹¹ en tanto que sentaron precedentes (a nivel nacional e internacional) y que significaron un punto de partida sólido al momento de este nuevo ciclo de justicia penal.

Sobre los Juicios por la Verdad en Argentina

Los conceptos de verdad y justicia fueron disociados en los Juicios por la Verdad en Argentina, en tanto que éstos no buscaban la punición jurídica (al menos en lo inmediato) sino reconstruir la verdad sobre lo sucedido. Ruti Teitel señala la

10 Resulta interesante señalar que más allá de que en la actualidad se reabrieron los juicios a los represores en Argentina, una ciudad como La Plata (capital de la provincia de Buenos Aires) continúa con los Juicios por la Verdad. Esto demuestra la importancia que ellos han tenido y siguen teniendo en cuanto a la posibilidad que ofrecen a los testigos-víctimas para declarar, así como también en lo que hace a aspectos centrales de la trama de lo social, como son la verdad histórica y jurídica y la memoria.

11 Además, se destaca la importancia de los estudios que tienen que ver con lo local, en un análisis que permita notar las particularidades de cada lugar, pero entendiendo también que tales singularidades dialogan con lo global. Asimismo, el caso estudiado se presenta, como metonimia de un nivel más global. Del Pino y Jelin sostienen que “al estudiar lo local está presente también lo nacional y lo global, ya que lo que sucede en esos escenarios tiene interlocutores y es parte de realidades más amplias –regional, nacional y mundial– y al mismo tiempo también más pequeñas (el barrio, la familia, el pueblo o comunidad)” (Jelin y Del Pino citados por Alonso, 2011, p. 18).

disociación de tales términos en una ecuación que, ante la carencia de punición, pone la verdad en un primer plano:

El modelo más destacado en esta fase es el que se conoce como *el modelo restaurativo*. En esta fase, el propósito principal de la justicia transicional fue construir una historia alternativa de los abusos del pasado. Emergió entonces una dicotomía entre verdad y justicia (Teitel, 2003, p. 11).

No obstante, se torna necesario hacer una salvedad, en cuanto que tal disociación no implica que ambos conceptos sean excluyentes uno del otro. Los Juicios por la Verdad argentinos comenzaron como uno de los pocos medios posibles de hacer frente a la impunidad. Además, siempre existió la esperanza, aunque fuera recóndita, de un posible juzgamiento de los represores en algún futuro más o menos cercano, como se verá a través del testimonio de Battaglia. En un sentido que se ubica más en el plano de lo simbólico, intentaron hacer frente al manto de silencio tendido por los sucesivos gobiernos democráticos desde el “Punto Final” hasta el año 2003. En un plano material y con la esperanza de que algún día los juzgamientos a los represores fueran posibles se constituyeron, en parte, a modo de la búsqueda de sentar testimonios y pruebas para ello. Es en esta dirección que la idea de justicia no queda ajena en los juicios en cuestión, aunque en una primera instancia solo se hable de verdad. Por el contrario, de manera latente está presente tanto en los testimonios como en los juicios en los que ellos se enmarcan.

Resulta pertinente revisar las reflexiones teóricas sobre el tema, postuladas por algunos autores, a los fines de mejor explicar ciertos rasgos. En su artículo “Decir la verdad, hacer justicia: Los juicios por la verdad en Argentina”, Enrique Andriotti Romanin, revela las especificidades de tales juicios y explica la relación que se establece entre verdad y justicia:

Si la opción de un intercambio de perdón por verdad era clave en las comisiones que seguían el modelo sudafricano, basado en el carácter “curativo” del testimonio y en la noción de reconciliación como objetivo central, para los familiares y las víctimas del terrorismo de Estado en Argentina que impulsaron estos juicios esto no era una opción viable (2013a, pp. 14-15).

El autor advierte la potencial presencia de la justicia más allá de que los juicios fueran por la verdad, situada aquella en una fase de transición:

Precisamente, el horizonte de la justicia penal retributiva estuvo presente desde un comienzo en esta modalidad de justicia transicional y, en cierto modo, estos juicios fueron entendidos por los familiares de las víctimas y sobrevivientes del terrorismo de estado como parte

de una secuencia, de un eslabón de una cadena que debía terminar en un futuro con el castigo penal de los responsables de los delitos de lesa humanidad y crímenes durante la dictadura (p. 15).

En el estado de la cuestión, Andriotti Romanin concluye, citando a otros autores también versados en el tema, que “se trata, en definitiva, de procesos judiciales que ‘implican medidas de transición a la justicia’” (Schapiro citado por Andriotti Romanin, 2013a, p. 7). Destacan ciertas características de este tipo de juicios que los dimensionan como sumamente importantes en cuanto a verdad, justicia y memoria se refiere, características que han sido valoradas por los propios organismos de derechos humanos. Hernán Schapiro (2002) enumera tales cualidades:

1. son una tribuna de libre expresión, a la que acceden personas que nunca antes habían tenido un marco institucional en el que contar su historia;
2. cumplen el importante rol de institucionalizar socialmente la verdad;
3. constituyen un sitio de permanente reclamo de justicia y una puerta abierta a la historia;
4. (...) constituyen verdaderas bases de datos, muchas veces inéditos, a las que acuden familiares de las víctimas y organismos de derechos humanos, así como otros entes oficiales (...);
5. se han transformado en una llama de memoria permanente encendida;
6. conforman un sitio apto para el señalamiento público de los responsables del terrorismo de estado que gozan de impunidad;
7. constituyen un reservorio de prueba útil para formular denuncias penales ante los jueces que no reconocen limitación legal alguna a su potestad jurisdiccional (pp. 399-400).

Asimismo, “Da Silva Catela ha destacado su dimensión simbólica y jurídica al señalar que constituyen un lugar donde se consagra simbólicamente la búsqueda de la verdad y en los cuales se desarrolla la función legitimadora de asentamiento de antecedentes” (Da Silva Catela citada por Andriotti Romanin, 2013a, p. 7). Resulta de vital importancia el peso simbólico que adquieren estos juicios en el sentido de que, durante la dictadura, casi la totalidad de la justicia y el Poder Judicial estaban al servicio del régimen, ahora lo jurídico, amparado en el Derecho Internacional, se convierte en instancia de legitimación de la búsqueda de la verdad y de reivindicación de actores sociales e individuos víctimas del gobierno dictatorial.

Por otra parte, Memoria Abierta concibe los Juicios por la Verdad como estrategias importantes en sí mismas pero también implementadas en función de modos de acción a futuro, “generando información que pudiera ser usada en otras causas o en la reapertura de otras iniciadas en la década de los años 80” (2010, p. 124).

Así, y como ya se advirtió con Schapiro, los juicios se convierten en generadores de fuentes documentales, pasibles de ser utilizadas en juicios posteriores. En términos del juez Gabriel Cavallo: “Los Juicios por la Verdad fueron la única alternativa para mantener alguna esperanza de reapertura de los juicios con persecución penal tal cual hoy los vemos en muchas jurisdicciones del país” (Cavallo citado por Miguel, 2006, p. 17). La necesidad de la reconstrucción de la verdad (aún al día de hoy) adquiere énfasis en tanto que la historia y los archivos han sido ocultados y las pruebas fueron borradas por los represores. De igual manera, el tratamiento del tema del pasado reciente en general urge en un nuevo contexto que marca una nueva fase en la historia de la memoria en Argentina: concretamente, el actual gobierno de Mauricio Macri manifiesta una explícita voluntad de silencio y olvido, siendo que cuando trae el pasado traumático a sus discursos es únicamente para banalizarlo y como modo de provocación hacia los actores sociales que obtuvieron conquistas en el terreno de los derechos humanos. En este marco, es sumamente necesario luchar contra la voluntad oficial de olvidar (o, tal vez peor, de trivializar) el pasado o sus representaciones. Se trata de un gobierno en el que desde el más alto mandatario se ironiza sobre el pasado como forma de desestimar los logros sobre aquél, consumados tras décadas de impunidad. Así, por brindar tan solo un ejemplo, el actual presidente discute el número de (30.000) desaparecidos, acción con la que pretende minimizar el peso de los hechos, desvirtuar el eje de la discusión y, por ende, de los crímenes perpetrados.

Representaciones acerca de la verdad en un testimonio de Mar del Plata

Los ocultamientos y silenciamientos formaron parte de la *modus operandi* de los represores. Lo poco que se daba a conocer acerca de él durante la dictadura se fundaba en una estrategia intencionada de diseminación del miedo y consecuente dominio por medio del terror. Sobre este mecanismo dual del poder, por el cual exhibe a la vez que oculta, señala Pilar Calveiro: “Siempre *el poder muestra y esconde, y se revela a sí mismo tanto en lo que exhibe como en lo que oculta*” (2006, p. 25). (Destacado en el original). La lógica de los centros clandestinos de detención, tortura y exterminio se cimentaba en un saber a medias circulante en la sociedad.¹² Se tenía conocimiento de que había CCDTE (o campos de concentración en

12 Hugo Cañón, quien fuera fiscal por el Juicio por la Verdad en la ciudad de Bahía Blanca y co-presidente de la Comisión Provincial por la Memoria radicada en la ciudad de La Plata, reflexiona sobre el terror impuesto a la sociedad: “Y todo esto a uno le genera una sensación muy terrible, que es lo que figura en los reglamentos militares: el uso del terror. En los reglamentos que nos entregó Acdel Vilas, cuando declaró en Bahía Blanca en 1987, dice que para poder orientar a la población en función de los objetivos que los militares buscaban había que generar miedo. Cuando se genera y se difunde, surge el terror y la población puede ser orientada en el sentido que ellos buscan” (en entrevista con Andriotti Romanin, 2015, p. 135). Esto implica ciertas actitudes y respuestas por parte de la sociedad, como la tácita (y a veces no tanto) complicidad civil o el deseo de no saber y la negación, cuyo análisis excede el presente trabajo.

términos de Calveiro, más allá de la diferencia entre ambos conceptos) pero había desconocimiento sobre cómo funcionaban y cómo se insertaban en el marco del sistema represivo, qué sucedía concretamente allí, etcétera. Esta ambigüedad en la información constituyó uno de los mecanismos de generación del temor. La verdad de lo sucedido, entonces, es un terreno en el que, al menos pública y sistemáticamente, se ignora más de lo que se conoce. A esto viene a añadirse el pacto de silencio por el cual los militares encubrieron gran parte de su accionar. Ante tal estado de cosas, la necesidad de reconstruir la verdad de lo sucedido se presenta como imperiosa. Jelin postula la verdad como un estadio anterior y necesario para luego administrar justicia. Se trata de establecer qué sucedió:

En un sentido muy general, toda demanda de justicia consiste en la exigencia de la restitución de un equilibrio dañado. En este sentido general, el ejercicio de justicia requiere que se tenga conciencia de la dimensión de un daño para saber cuál es la medida del esfuerzo a realizar para repararlo. La desaparición es efectivamente un daño. Un daño de una clase muy peculiar. Es conocido que uno de los mecanismos fundamentales de este dispositivo represivo ha sido ocultar sistemáticamente toda información cierta. La desaparición, concebida como daño, implica tanto el secuestro de un cuerpo como la sustracción de un saber. Hallamos aquí una de las particularidades del fenómeno del movimiento de derechos humanos: respondiendo a un daño incierto desarrolla entonces una demanda de justicia indeterminada. Todo lo que en principio puede decirse es que algo ha ocurrido, una de las primeras tareas del movimiento fue establecer, con algún grado de certeza, qué (1995, p. 119).

Frente a las versiones oficiales articuladas por los militares durante la dictadura, los Juicios por la Verdad emergen como discursividades desde las cuales se elabora, se da a conocer y se pretende investigar sobre una verdad oculta por los perpetradores, tratándose entonces de relatos y versiones alternativas en un contexto en el que desde la oficialidad se busca el olvido. Si bien durante el denominado “show del horror”, la publicación del Informe (*Nunca más*) de la Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), el Juicio a las Juntas en 1985 y otras instancias, salieron a la luz hechos antes ignorados o sabidos solo de manera fragmentaria, gran parte de la verdad continuaba permaneciendo en penumbras. En esta dirección, Andriotti Romanin (2013b) delimita la concepción de verdad para estos juicios:

La “verdad” debía estar centrada en “las circunstancias de desaparición forzada, (...), conocer cuáles fueron las circunstancias de las desapariciones y, en su caso, dónde yacen sus restos. Conocer “la verdad” consistía en establecer las circunstancias de desaparición en tanto hechos, lugares y personas intervinientes. Era una verdad jurídica,

fáctica, en un sentido positivista que, a priori, excluía una dimensión contextual y política. La lógica de esta decisión expresó otro de los sentidos que tenía el juicio para los integrantes de la CJV [Comisión del Juicio por la Verdad]: establecer hechos para acumular prueba jurídica y construir una “verdad” que en términos simbólicos no solo se centrara en el conocimiento de nuevos aspectos sino también en el reconocimiento público y oficial de la información sobre víctimas y victimarios, permitiendo la ratificación de lo que ya conocían (p. 99).

Recurrimos nuevamente a Teitel a fin de señalar la relación entre estos juicios y la historia alternativa: “(...) el propósito principal de la justicia transicional fue construir una historia alternativa de los abusos del pasado (2003, p. 11)”.

Las declaraciones de Alfredo Battaglia en el marco del Juicio por la Verdad en Mar del Plata transitan cuestiones transversales a estos Juicios, como lo son la reconstrucción de la verdad y la búsqueda –y esperanza– de una justicia en el futuro. Si bien se encuentran relacionadas una con la otra –más allá de los alcances de ambas en este tipo de juicios–, el presente apartado se centra en las ideas que el testimonio esboza sobre su concepción de verdad en una especie de metatexto o reflexiones metadiscursivas sobre los alcances del testimonio en el marco de los Juicios. Lo primero que hace Battaglia, inmediatamente después de presentarse en su declaración, es referirse a la posibilidad de testimoniar de manera tal que esto contrasta con el silencio y la imposibilidad del relato de los hechos a los que se oponen y enfrentan estos juicios. Así, y aunque solo en cierta medida, la justicia comienza en el momento en que se restituye a las víctimas el derecho a la palabra, esto es la posibilidad de testimoniar. Es en este sentido que emerge el carácter “curativo” y reparador del testimonio. En una segunda instancia, deriva de ello la búsqueda de la verdad y la coloca en un primer plano de importancia, destacando la finalidad de su testimonio:

En primer lugar, no puedo dejar de manifestar, como lo ha manifestado este Tribunal, una expresión personal que es la de sentir una satisfacción de poder declarar en Mar del Plata y acerca de hechos que he revivido, que conozco y de lo que he sentido durante ese momento. Se trata de conocer realmente la verdad o parte de la verdad en esta denuncia que han formulado organizaciones defensoras de los derechos humanos, que no es ninguna novedad, han sido desde el principio de este proceso los que llevaron adelante las madres, los abuelos, los familiares, la denuncia permanente acerca de las atrocidades cometidas durante el período, por lo menos desde el '76 hasta el '83.¹³ Este

13 En realidad, y como se verá en lo posterior, el juicio extiende los límites temporales a las antecelas políticas de la dictadura (Audiencia; Andriotti Romanin, 2013b, p. 211), aspecto que siempre tiene en vista la historiografía: ¿qué

verdadero genocidio que ocurrió en Argentina –porque es así– ya veremos que realmente es un genocidio (Audiencia, 2001, p. 1).¹⁴

De su declaración se insinúa, en principio, una concepción fragmentaria de una verdad de la cual su testimonio constituiría tan solo una parte. Esto es importante para los juicios de este tipo de delitos, en los que los testigos son avisados de que tienen la posibilidad de no recordarlo todo, teniendo en cuenta, además, el tiempo transcurrido (Varsky, 2011, p. 59). Al mismo tiempo,

años tomar en cuenta para la periodización del terrorismo de Estado? ¿Solamente la dictadura? ¿O también la etapa anterior de gobierno constitucional en la cual hubo terrorismo?

- 14 Con respecto a la denominación de genocidio, resulta interesante notar que en el año 2002, Schapiro manifestaba su disconformidad con el hecho de que en Argentina se evitaba llamar a los acontecimientos por su verdadero nombre. Casi continuando con el lenguaje burocrático y eufemístico de los perpetradores, existían expresiones que no daban cuenta de la dimensión de lo vivido. En palabras del autor: “[...] según creo, en Argentina no se ha asumido aún que se vivió un genocidio, y no existe verdadera conciencia ni una condena claramente definida. Baste decir, al respecto que, para referirse a la dictadura militar más sanguinaria de la historia del país, se continúan utilizando eufemismos tales como: ‘proceso’, [en alusión a la denominación de los militares como “Proceso de Reorganización Nacional”]; si un uso iluminador tiene el del término “Proceso”, son las resonancias del relato de Franz Kafka, que bien puede entrar en relación con la realidad vivida en Argentina] ‘Gobierno militar’, ‘Gobierno de facto’, ‘período militar’, ‘período de excepción’” (2002, p. 400, n. 75). Es recién en 2006 cuando se reconocen institucionalmente los hechos como genocidio. En esa fecha, el Tribunal Oral Federal en lo Criminal N°1 de La Plata (provincia de Buenos Aires) condena a reclusión perpetua al ex director de Investigaciones de la Policía Bonaerense, Miguel Etchecolatz. En la sentencia los acontecimientos son calificados como genocidio y en este sentido el fallo cuestiona la definición del concepto según la *Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio* en su versión de 1948, definición que excluye a los grupos políticos. Por otra parte, si bien el fallo es un pronunciamiento fuerte sobre la efectiva existencia de genocidio en Argentina, determinados actores sociales continúan prefiriendo otras denominaciones. En esta dirección, el artículo de Cintia González Leegstra, “El juicio a Etchecolatz: Nuevos y viejos actores en la lucha por la justicia” (2011) (disponible en línea: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/7998-30542-1-PB.pdf>), analiza, principalmente, cómo se tensan y entran en diálogo los posicionamientos de los diversos organismos de derechos humanos y de la Corte sobre la carátula del pasado como genocidio al momento del juicio a este represor. Andriotti Romanin aclara sobre el caso específico de Mar del Plata: “La apelación a la figura crímenes de lesa humanidad también ocupó un lugar central en el relato público que presentaban algunos de los miembros de los organismos de derechos humanos que integraban la CVJ [Comisión de Verdad y Justicia] para explicar lo acontecido, aunque incluyendo algunos cambios: la idea de crímenes de lesa humanidad era combinada con una apelación al derecho de la verdad como aspecto humanitario en el marco de un doble derecho de los familiares y de la sociedad, pero también era utilizada como un modo de apelar a la restitución de una situación de igualdad jurídica mediante la exigencia de que la justicia argentina ‘se ponga a tono con lo que acontece en otros lugares del mundo donde se está planteando la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad, de punto final, obediencia debida y el decreto de indulto’ [palabras de Ramiro Fresneda]. No todos los organismos enfatizaban la figura de crímenes de lesa humanidad. La APDH-MdP [Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Mar del Plata], la AEDD-MdP [Asociación de Ex Detenidos Desaparecidos de Mar del Plata] e HIJOS [Hijos e Hijas por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio] preferían referirse a los crímenes como genocidio. Para los integrantes de estas organizaciones explicar lo acontecido como genocidio permitía una definición del proyecto político que estaba por detrás del accionar del terrorismo de Estado” (2013b, p. 115). (Destacado en el original). En efecto y con respecto a esto último, hablar de genocidio implica referirse no solamente a la comisión de un crimen en particular y acotado a un determinado lapso, sino que, como lo explica Daniel Feierstein en sus numerosos estudios sobre el tema, se trata de un proceso que se perpetúa en el tiempo. El autor propone hablar, desde la sociología, del genocidio como proceso y como equivalente de la figura de genocidio, término que reserva para el derecho. Así, las prácticas genocidas no tienen únicamente el objetivo de perseguir y aniquilar a individuos o a un grupo en particular; sino también romper las relaciones entre ellos y de la sociedad en su conjunto hacia ellos. De igual manera, estas prácticas no se dan exclusivamente en el terreno material, sino también el plano simbólico: según la concepción de los genocidas se trata de eliminar a los individuos, pero también de borrar su memoria y todo relato que los haga presentes: “Una práctica social genocida es tanto aquella que tiende y/o colabora en el desarrollo del genocidio como aquella que lo realiza simbólicamente a través de modelos de representación o narración de dicha experiencia. Esta idea permite concebir al genocidio como un *proceso*, el cual se inicia mucho antes del aniquilamiento y concluye mucho después, aun cuando las ideas de inicio y conclusión sean relativas para una práctica social (...)” (Feierstein, 2011, p. 36). (Destacado en el original).

El juzgamiento de lo sucedido en una época a través de una situación planificada de múltiples hechos sistemáticos, fragmentadas en cientos de procesos, no busca alcanzar la verdad en tanto conocimiento absoluto, busca si la representación convincente de la realidad de lo ocurrido, como verdad simbolizada que exige ser descifrada (Duhalde, 2009, p. 20).

La sugerencia inicial será luego completada por medio de las diferentes referencias a la verdad que hace Battaglia a lo largo de su testimonio, como aparece en el siguiente fragmento:

[El Tribunal] va realmente a procurar conocer la verdad o por lo menos parte de esa verdad. Creo que es importante conocer la metodología empleada por quienes irrumpieron en el año '76, el 24 de marzo en el poder Constitucional, la legalidad, provocando un golpe de Estado sangriento y, como he dicho, fue un verdadero genocidio. Creo que es necesario eso, porque si no, no podríamos conocer qué es lo que sucedió con lo que se ha dado en llamar "la Noche de las Corbatas (Audiencia, 2001, p. 1).

La gratificación expresada por Battaglia con motivo de poder declarar es susceptible de ser puesta en relación con un vacío y una carencia de interlocutores durante la dictadura y sobre todo, en la inmediata posdictadura.¹⁵ Se ha generado una

15 Sin embargo, es necesario aclarar que no en todos los casos el testimonio es reparador. Hay veces en las que la actuación del trauma no logra salir del terreno de la repetición, por lo cual no puede llegarse al estadio de elaboración de aquel (La Capra, 2006, p. 81; p. 163). Así sucedió con gran cantidad de sobrevivientes en Argentina que, ante las reiteradas instancias del testimonio sin ver resultados jurídicos, el acto mismo de testimoniar se convirtió en algo traumático (Varsky, 2011, p. 53) y revictimizante. El documental *Palabras* es bien ilustrativo de esta situación (disponible en <https://vimeo.com/28476448>). En otras oportunidades, se opta por el silencio: "El silencio, a diferencia del olvido, puede funcionar como modo de gestión de la identidad que resulta del trabajo de reinsertarse en el mundo de la vida 'normal'. Puede también expresar la dificultad de hacer coincidir el testimonio con las normas de la moral imperante, o la ausencia de condiciones sociales favorables que autorizan, solicitan o abren la posibilidad de escucha (Pollak 1990; Pollak y Heinich 1986)" (Jelin, 2012, p. 110). En términos del propio Pollak, "la voluntad de olvidar los traumas del pasado frecuentemente surge en respuesta a la conmemoración de acontecimientos lacerantes. Un análisis del contenido de cerca de cuarenta relatos autobiográficos de mujeres sobrevivientes del campo de concentración de Auschwitz-Birkenau, publicados en francés, inglés y alemán, y completados por entrevistas, revela en muchos casos el deseo simultáneo, al regreso del campo, de testimoniar y olvidar para poder retomar una vida normal" (2006, p. 29). Es por ello que "hay que observar detalladamente las posibilidades de reencuentro entre la disposición del sobreviviente a hablar y las posibilidades de ser escuchado" (Da Silva Catela en Pollak, p. 14). Es que "la lógica concentracionaria apunta contra la dignidad humana, contra la esencia de lo humano, la palabra" (Rousseaux, 2009, p. 35). Ya Walter Benjamin, en la primera posguerra, advirtió que los soldados regresaban enmudecidos del campo de batalla (1991, p. 112), en parte por el talante horroroso de lo vivido. En un lugar intermedio, se halla la tensión señalada por Giorgio Agamben y que enfatiza Pollak: "(...) la tensión creada entre la necesidad y la dificultad de testimoniar" (Catela Da Silva en Pollak, 2006, p. 13). Eduardo Duhalde explica: "Al mismo tiempo, la violencia del recuerdo de su experiencia límite del horror y la deshumanización, junto al peso del mandato adquirido con los que no sobrevivieron, tensiona la necesidad narrativa (...) La obligación de recordar, contrapuesta a la necesidad cotidiana de olvidar para no quedar en el campo de exterminio, como en un laberinto carente de hilo de Ariadna, aparecen así, dialécticamente contradictorias" (2009, p. 12). Es que la dificultad de testimoniar está, en realidad, atravesada por los límites de la representación, lo que ve se acentuado por el carácter traumático de estas experiencias: si las

dificultad de escuchar lo traumático que da como resultado (inclusive en familiares de las víctimas) el imperativo “de eso no se habla más” (Balardini, Oberlin y Sobredo, 2011, p. 172).¹⁶ La sociedad es renuente a admitir los hechos (Sarlo, 1987, p. 33; Crenzel, 2008, p. 146; Jelin, 2012, p. 112; pp. 125-126). Ante tal carencia de escucha no puede dejar de destacarse la “acción terapéutica” del relato (Vezzetti, 2002, p. 187) o el “carácter curativo de una verdad narrativa” (Abraham y Mattei, 2012, p. 97). Tal como lo destaca Michael Pollak vía Maurice Halbwachs, el testimonio es reparador no solamente a nivel individual, sino también en el plano colectivo: Halbwachs, lejos de ver en esa memoria colectiva una imposición, una forma específica de dominación o violencia simbólica, acentúa las funciones positivas desempeñadas por la memoria común, a saber, reforzar la cohesión social, no mediante la coerción sino mediante la adhesión afectiva al grupo (2006, p. 18). El testimonio cumple un papel central en cuanto a tres conceptos como mínimo: el conocimiento de la verdad de lo sucedido, la búsqueda de la justicia y la constitución de la memoria: “el testimonio comenzó en el campo de exterminio expresado en la voluntad de sobrevivir para dar razón de lo sucedido, y no concluye en el procedimiento judicial, se integra en la construcción de la memoria histórica, como producto colectivo con proyección de futuro” (Duhalde, 2009, p. 20). Memoria, verdad y justicia se hallan relacionadas. En esta dirección, Said y Vásquez sostienen:

Nos merecemos como sociedad conocer la verdad de lo sucedido durante el terrorismo de Estado, para que se haga justicia y se repare hasta donde sea posible el daño ocasionado. Y para que su transmisión a las nuevas generaciones contribuya a promover culturas democráticas y mejores proyectos de futuro (Said y Vásquez en Duhalde, 2009, p. 46).

Es que, como señala Enzo Traverso:

posibilidades de la representación son puestas en entredicho desde fines del siglo XIX con los poetas simbolistas y a comienzos del siglo XX con las reflexiones sobre el lenguaje que esbozan las vanguardias históricas (y se acentúan desde mediados de siglo con autores como Foucault –de hecho las formaciones teóricas de los ’60 guardan relación con las vanguardias–), las historias atravesadas por el trauma ven profundizado el problema de la representación por su mismo carácter traumático. Ya la lógica que rige la experiencia traumática escapa a los marcos interpretativos disponibles en los sistemas de representación tradicionales, en cuanto que se trata de una experiencia “excepcional” (Vezzetti, 2002, p. 111). El dar testimonio se convierte en una especie de victoria sobre el silencio al que quieren condenar los perpetradores y es en este sentido que puede convertirse en reparador. Así, Agamben explica que los agentes de las SS decían a los prisioneros que, si alguno sobrevivía, jamás podría contar lo vivido y que, en el caso de poder narrarlo, nadie le creería. De esta manera, el silencio hubiera sido conformarse con los designios de los perpetradores (2010, p. 13). Ante la dicotomía de la posibilidad-imposibilidad de testimoniar, hay testimonios que tematizan la inefabilidad del lenguaje para referenciar el genocidio: se trata de “dar cuenta de la imposibilidad de testimoniar” (Agamben, 2010, pp. 8, 19, 34).

16 En efecto, “tras una semana de trabajo de la CONADEP renunciaron empleados que no soportaron la tarea de escuchar los testimonios” (Crenzel, 2008, p. 64.).

La justicia fue, a lo largo de todo el siglo XX –al menos luego de Nuremberg o desde el caso Dreyfus– un momento importante en la formación de una conciencia histórica colectiva. La imbricación de la historia, de la memoria y de la justicia está en el centro de la vida colectiva. El historiador puede operar las distinciones necesarias pero no puede negar esta imbricación; debe asumirlas, con las contradicciones que se derivan de ella (Traverso, 2011, p. 75).

Retomando el aspecto de la verdad, se destaca la importancia de conocerla y de vislumbrar en qué consiste. Concretamente y según Battaglia, se trata de reconstruir el accionar castrense, de “conocer la metodología empleada por quienes irrumpieron en el año '76”. Hay una conciencia en que su relato ayudará a la reconstrucción de una trama mayor, por lo que en este sentido coincide con la idea de verdad que sustenta el juicio. A propósito de ese conocimiento ocultado por los perpetradores, de ellos enuncia lo siguiente:

Han sido tan cobardes que ni siquiera después de tantos años de ocurrido, alguien, uno de ellos, salga y diga “miren, nosotros hicimos tal cosa, a mí hoy no me pueden condenar por esto, porque tengo la obediencia debida, tengo el punto final de los radicales, tengo el indulto del peronismo, no me van a hacer nada, vengo a decir lo que sé que a alguien le va a satisfacer, vengo a redimir todo lo que hemos hecho y conozco lo que hemos hecho, no ha habido uno, el único se tuvo que ir a España y está preso ahí; no entiendo por qué todo eso de haber cometido semejante genocidio y en tenerlo así todavía a esta altura, a las madres, a los padres, a los amigos... (Audiencia, p. 10).¹⁷

17 La incertidumbre que causa el no saber sobre el destino del familiar, dónde está, qué sucedió con él, si está vivo, si va a volver, si está muerto y toda una cadena de potencialidades, instala una espera permanente, pero a la vez incierta de la aparición de la persona. Esas mismas esperas e incertidumbres son las que impiden el proceso del duelo: “La desaparición es un método particularmente repudiable de represión gubernamental que viola una amplia gama de derechos e impone un sufrimiento físico y psicológico generalizado y permanente” (Amnistía Internacional, citado en Dussel, Finocchio y Gojman, 2007, p. 40). Alejandro Kaufman explica: “El duelo, la sepultura, definen un límite para el dolor y el sufrimiento. Es la prolongación de lo que causa un dolor aquello que le confiere la significación. La duración del dolor, ya sea físico o psíquico, es una variable decisiva respecto de la magnitud de la experiencia nociceptiva. Un dolor intenso pero breve puede ser *olvidado* con relativa facilidad. Un dolor de menor intensidad, pero prolongado, resulta mucho más acentuado por su duración. La incertidumbre por el futuro de la experiencia dolorosa y la comprensión de sus causas son también variables esenciales. La tortura y la desaparición son crímenes contra la humanidad, antes que por la intensidad o gravedad material y física que puedan tener las acciones concretas que suscitan, por su continuidad y permanencia, por su *prolongación en el tiempo*. Por su permanencia definitiva, en el caso de la desaparición. Cualquier límite que se le pueda poner al dolor define una localización, un fin, una posterioridad habitable por el sujeto. Se podría decir que hay memoria del dolor que tiene fin, pero que el dolor sin fin tampoco se articula en un sentido estricto con la memoria. Es por ello que las memorias de las torturas y las desapariciones conciernen al orden de lo sublime. Son inexpresables y literalmente inenarrables. En última instancia, hay memoria del dolor que termina, pero no hay memoria del dolor que no termina, porque la memoria sólo es posible con posterioridad al dolor” (2004, p. 34). (Destacado en el original). La incertidumbre por la ausencia del cuerpo y de la información que a él refiere (no solamente dónde se halla el cuerpo, sino qué sucedió desde el momento del secuestro) es un elemento central destacado por el autor como causante de la duración prolongada y sin un fin datable del dolor y el sufrimiento por la pérdida. Por último, a esto viene a añadirse el factor de la inefabilidad del dolor, un

Battaglia pone en escena la ausencia de una enunciación de la verdad como consecuencia, en parte, del silencio de los represores. En efecto, más avanzada su declaración hará directa referencia al pacto de silencio de las Fuerzas Armadas (Audencia, 2001, p. 16). Es en esta dirección que conjuga el silencio y la falta de verdad en un testimonio que alude de manera implícita y también explícita a los aspectos que se asocian tanto a los hechos sobre los cuales declara –los crímenes de los que, junto con otros, fue víctima– como al contexto que da lugar al surgimiento del acto social y la situación en la que se encuentra –el juicio y la noción asociada de verdad. Nuevamente, el testigo-víctima insiste en el silencio guardado por los integrantes del sistema represivo, entendido como una negación al conjunto de la sociedad y luego, específicamente, a los familiares de las víctimas. Asimismo, hace referencia a la función y esencia fundamentales de los juicios: “Mediante estos juicios se procura restituir el derecho de los familiares a la verdad de lo ocurrido y el derecho a la información de la sociedad civil” (Memoria Abierta, 2010, p. 125):

Lamentablemente quienes fueron responsables de todo este proceso son unos cobardes porque no han expuesto a la sociedad argentina lo que hicieron, equivocados o no, dentro de su decisión si se sintieron con derecho que lo expliquen y que expliquen dónde están los desaparecidos y dónde están los detenidos, los que fueron detenidos y luego desaparecieron, sabemos que están muertos, es la lógica, pero por qué, nadie de los familiares ha podido darles sepultura, y conocer dónde están, cómo estuvieron, etcétera, conocer esto que queremos ahora dilucidar (Audencia, p. 2).

Si el ocultamiento de lo sucedido y el silencio sobre los crímenes implican la negación del derecho a la verdad, ésta última se traduce en la negación de otros derechos, como el del duelo (v. nota 18).

La no coincidencia entre la versión de los militares, por un lado, y la/s versión/ es de las víctimas, por otro, es relevada por Battaglia en su declaración. El relato

sentimiento que en estos casos no puede simbolizarse de manera acabada debido, precisamente, a la incerteza como variable central de la desaparición: “El dolor ligado a la desaparición no tiene manifestación porque no hay cuerpo, no hay sepultura, no hay certidumbre” (Kaufman, 2004, p. 35). Entre tantas violaciones a los derechos humanos, los militares violaron el derecho humano a enterrar los cuerpos de familiares (Verbitsky, 2003, p. 43). Como lo señala Emilio Crenzel, la inexistencia de cuerpos y tumbas impidió la práctica de ritos que ayudaran a elaborar el duelo (2008, p. 34). Y, más tarde, cuando la muerte se convierte en la única opción posible, esto no da de ninguna manera las condiciones de posibilidad del duelo: la ausencia del cuerpo, a la que se suma la ignorancia sobre la verdad de lo sucedido, es condición suficiente para la imposibilidad de un duelo acabado. Feierstein enumera ciertos rasgos del terrorismo de Estado. En este marco, advierte que “una (...) particularidad de los crímenes de Estado se vincula a que muchas de sus consecuencias siguen produciendo efectos (y nuevos efectos) años y décadas después de la comisión de los hechos. Los dos casos prototípicos (con características diferentes, pero unificados en esta cuestión) refieren a la metodología de la desaparición forzada de personas y a la apropiación de los descendientes (hijos, sobrinos, nietos) de las víctimas. En el caso de la desaparición forzada de personas, la continuidad en la falta de información sobre el destino de las víctimas sigue impidiendo el duelo de sus familiares, el esclarecimiento de lo ocurrido, la construcción de una memoria personal, familiar y social con respecto a los hechos de violencia” (2015, p. 14).

oficial, construido por los represores, con su léxico particular, significó una forma de encubrimiento y tergiversación de su accionar para legitimarlo, una manipulación de la información sobre los hechos y de la representación de mundo que defendían y que intentaban imponer en la sociedad como una versión monovalente: “Bajo la égida del gobierno militar, el estado articuló una teoría unidimensional de la realidad. Esto apuntaba a la creación de un discurso unificado y a la eliminación de toda oposición; se creó un programa institucional para desterrar todo sentido de otredad” (Masiello, p. 13). Es también en este sentido que se hace necesaria la búsqueda de la verdad y la elaboración de versiones alternativas (que vienen gestándose desde la misma época de la dictadura), como se señalaba más arriba. Así, la elucidación de un término léxico característico de la prosapia y discurso militar del período como el de “subversivo” –y que logró imponerse en la opinión común¹⁸ funciona a la manera de la metonimia en el relato de Battaglia, en tanto que la sola palabra es empleada para operar el cuestionamiento del relato y la versión militar, frente a los que se articulan otras versiones:

Y fíjense qué irrisorio y qué tremendo significa –sobre todo a uno como abogado– que la calificación en la carpeta sea la de “subversivo”; nosotros, todos, estábamos calificados como “subversivos”. Y nos calificaban como subversivos precisamente quienes habían subvertido el orden constitucional en el país y con acusaciones fuera de la más simple lógica. Mi detención fue por haber sido candidato a Intendente por el Partido Comunista en la ciudad de Dolores en el año '58, a mí me detuvieron en el '76, el primer argumento era haber sido candidato por el Partido Comunista en el año '58 –casi veinte años antes–. Segundo, porque era defensor de los trabajadores (Audiencia, 2001, p. 2).¹⁹

18 De hecho, el propio Battaglia emplea el término subversivo para referirse a sí mismo y a quienes estaban en su condición: “Todo el mundo estaba sancionado y permanentemente se sancionaba y nosotros le decíamos al oficial cuando podíamos conversar con él. En una oportunidad fue a la celda un muchacho que era de mi pueblo, Dolores, que conocía la situación, etc., que estaba estudiando en la penitenciaría de guardia cárcel y me fue a ver y le decía yo ‘cómo es que no nos dan a nosotros un reglamento de qué es lo que podemos hacer y qué es lo que no podemos hacer para hacer esto’, pero no, ese era otro de los objetos con los que jugaban para hacer o provocar el mayor sufrimiento que ellos podían hacernos a cada uno de los subversivos” (Audiencia, 2001, p. 10). Se nota a partir de esto una apropiación de ciertas zonas del lenguaje por parte de los militares, de términos que con su uso aluden a la huella de una perspectiva y una visión de los hechos impuesta en la opinión corriente. Como lo postula Mijaíl Bajtín (1986), las palabras y el lenguaje se cargan de ideología. A su vez, la lógica de la detención ilegal replica, en muchos casos, la de la sociedad, señalada por Calveiro: las contradicciones, ambigüedades y vacíos de información contribuyen al terror diseminado en la sociedad.

19 En otras oportunidades, Battaglia diferencia el léxico de los integrantes de las Fuerzas Armadas del propio como forma de distinguir la ideología de cada uno: “Los detenidos políticos –nosotros decíamos que eran políticos– ellos decían que eran presos subversivos, y presos económicos eran aquellos que detuvieron al principio, que eran comerciantes que habían infringido algunas disposiciones o leyes” (Audiencia, 2001, p. 5).

Una idea sobre la verdad es recurrente en el testimonio de Battaglia. Se trata de la concepción (formulada por cierto desde la Modernidad, cuando el hombre advierte que la totalidad es imposible) de que la verdad es siempre fragmentaria e inasible por completo. No es más que aquello que el testigo señala desde el comienzo, al poner énfasis en que se torna imperioso conocer la verdad, frente a lo cual, no obstante, dice: “o al menos parte de la verdad”. Esto se halla asociado principalmente a un componente fundamental en la reconstrucción de la verdad, a saber, el recuerdo; y el recuerdo indisociablemente va unido al olvido. A propósito, resulta pertinente señalar junto con Jelin que la memoria es selectiva y produce olvidos (2012, p. 62). Por su parte, Daniel Feierstein subraya que el recuerdo es una “reconstrucción y no una reproducción” (2011, p. 24). O, en un extremo de la reconstrucción de los acontecimientos (y más aún, la experiencia, un concepto mucho más extenso) por medio del relato, aparecen las reflexiones de Paul de Man: “En lugar de construir o reflejar la experiencia, el lenguaje la constituye” (citado en Jay, 2009, p. 421). Por su parte, aunque en un sentido más amplio, Pollak explica que “[...] las memorias son construidas, deconstruidas y reconstruidas” (2006, p. 29). Simultáneamente, no está ajeno el hecho de que “la realidad está mediada por los marcos de asimilación de los sujetos” (Crenzel, 2008, p. 39). Por lo tanto, las representaciones sobre tal realidad dependerán de los modos en los que se la percibe. Aunque la reflexión no se agote allí, esto es en parte lo que se desprende de las consideraciones de Hugo Vezzetti cuando sostiene que hubo diversos pasados, es decir, diferentes representaciones sobre la dictadura (2009, p. 101). Las diversas figuraciones, además, están condicionadas por los actores y grupos sociales que las elaboran y por el contexto (político, económico, social, entre otros factores), así como por las relaciones de poder que entre ellos se establecen.

La cuestión es que el recuerdo constituye la base del relato testimonial sobre el pasado. Battaglia explicita el momento de la evocación de los hechos con la recurrencia de frases del estilo “recuerdo que...” o “esto es lo que recuerdo”. Si bien la verdad entendida en términos jurídicos²⁰ debe responder a ciertos rasgos como el de la mayor objetividad posible (una objetividad, por cierto, que jamás logra ser total)²¹ no puede ir en contra de la naturaleza de la percepción de los

20 Los presupuestos de la verdad jurídica, construida en base al recuerdo, se diferencian de los de otros tipos y formas de verdad, marcados por las disciplinas en las que se encuadran.

21 A propósito de esta cualidad, cabe notar que el testimonio de Battaglia está signado por diferentes gradaciones y matices del discurso que van desde la objetividad (sabiendo que la objetividad nunca es total, en ningún discurso: la sola elección del modo y de las estrategias enunciativas del narrar dependen ya del sujeto, por lo que son subjetivas) de ciertos hechos y acontecimientos hasta la subjetividad propia de sensaciones e impresiones. Michael Pollak señala en relación con la prueba jurídica y los testimonios del genocidio nazi: “Los principios de la administración de la prueba jurídica eliminan del testimonio las emociones y todo lo que no está directamente ligado a la causa, hasta el punto de que en ciertos momentos esa coacción ha podido transformar los interrogatorios de los sobrevivientes en un cuestionamiento de su memoria y, a fin de cuentas, en una puesta en cuestión de sus informaciones” (2006, p. 64). En cambio, en el caso de los Juicios por la Verdad, “la modalidad establecida les otorgaba a estos testigos un lugar preponderante en la sala: pasaban a declarar al centro de la misma, frente al tribunal y de espaldas al público y se

hechos –singular para cada individualidad– ni del recuerdo: también los olvidos son característicos del acto de recordar y, por lo tanto, de la memoria (más allá de la diferencia entre ambos conceptos) y son profundizados quizá en los acontecimientos y en las experiencias traumáticas. Esto se traslada a la declaración de las víctimas y testigos de tales sucesos. Carolina Varsky, abogada del Centro de Estudios Legales y Sociales, señala lo siguiente: “También advertimos a los testigos que pueden decir ‘no me acuerdo’, ‘puede ser’ o ‘no sé’” (2011, p. 59). Si bien la autora lo destaca en cuanto a los juicios inaugurados en Argentina en el nuevo ciclo de justicia y no con relación a los Juicios por la Verdad, también vale para estos. Se contempla, entonces, el que todo recuerdo está constituido de olvidos. Son frecuentes las oportunidades en las que, justamente por ser más preciso en su relato –en el sentido de no obliterarlo y de señalar sus huecos, de mostrar un distanciamiento de todo intento de pretensión de “totalidad”–, Battaglia manifiesta no recordar, intercalando frases en su discurso como “si no recuerdo mal” (Audiencia, 2001, p. 3), “ahora no recuerdo” (Audiencia, 2001, p. 28), “yo no me acuerdo cuántos había” (refiriéndose a la cantidad de secuestrados) (Audiencia, 2001, p. 33), “no me acuerdo dónde estábamos” (Audiencia, 2001, p. 14). Efectivamente, el hiato en el recuerdo es una posibilidad y no por ello el testimonio pierde validez en la valoración de la prueba. Más aún, la problemática de los espacios en blanco, devenida en este caso de los olvidos, es común a todo relato y a toda forma de representación: “La importancia de los testimonios se hace más evidente cuando se piensa en que aportan algo que no es idéntico al conocimiento puramente documental. Los testimonios son importantes cuando se intenta comprender la experiencia y sus consecuencias, incluido el papel de la memoria y los olvidos en que se incurre a fin de acomodarse al pasado, negarlo o reprimirlo” (LaCapra, 2005, p. 105).

Cercana a esta variable de puntos vacíos en el recuerdo, se hallan la posibilidad de la duda y la vacilación. Ambas son opciones concretas en las declaraciones y se plasman discursivamente en el empleo de recursos lingüísticos que, ubicados en el contexto del testimonio y puestos en relación uno con el otro, materializan la idea de la declaración testimonial como un fragmento que aporta a la reconstrucción de una verdad siempre fraccionada e incompleta. Así, Battaglia emplea ítems léxicos que conllevan en su significado dudas o falta de certezas, términos tales como “creo” (Audiencia, 2001, p. 7) y expresiones del tipo “si no me equivoco” (Audiencia, 2001, p. 28). Reflexiones análogas merecen otras expresiones de incerteza que refuerzan el desconocimiento del testimonio, pero ya no por olvidos o zonas grises en la memoria, sino debido a las condiciones en las que se hallaba en tanto secuestrado, como el estar encapuchado, lo cual no le permitía ver lo que sucedía a su alrededor. A causa de esta falta de información, marca discursivamente

explayaban contándole al tribunal todo lo que habían visto o vivido, *así como también sus sensaciones e impresiones respecto de lo acontecido en los casos particulares*” (Andriotti Romanin, 2013a, pp. 13-14). (Destacado nuestro).

en su relato que es él quien completa los vacíos de tal información, elaborando sus propias hipótesis de las formas del accionar castrense, con palabras como las que se destacan en el siguiente fragmento de su declaración:

No, cuando se hacían los operativos de simulacros de fusilamientos, no hablaban, *seguramente* se comunicaban por señas, pero los simulacros de fusilamiento eran exclusivamente de los actos que hacían reproducir, que firme, que desfilan, que apuntar, que levantar, que cargar el arma, que tirar, esa terminología estrictamente militar, pero nadie se llamaba uno a otro, había un silencio total, todas las cosas se harían por señas *supongo* (Audiencia, 2001, p. 15).

Si los espacios inciertos signan parte de la vivencia personal, la experiencia a nivel colectivo tampoco queda ajena a estas cuestiones. Es el propio Battaglia quien manifiesta la incerteza sobre el número de desaparecidos: “todos los treinta mil desaparecidos –cifra que puede ser esa o que pueda ser menor o pueda ser mayor– agregados a todos los que anexamente fuimos detenidos o maltratados de algún modo, junto con los desaparecidos” (Audiencia, 2001, p. 35). En esta indefinición de la cifra destacada por Battaglia reside en parte cierto aspecto de la noción de verdad: se trata de una verdad factible y válida más allá de que existan puntos ciegos casi imposibles de esclarecer con exactitud, debido a cómo se dieron los hechos, al ocultamiento de ellos y a que los límites entre los delitos (secuestro, desaparición, tortura) no son estancos ni taxativos.

Ahora bien, retomando los puntos inciertos en el relato que el testimonio hace explícitos, se nota en otros fragmentos del texto que hay aún un componente agregado, el cual también habla de la concepción de verdad jurídica que tiene el declarante y que concuerda con la de estos juicios. En tal dirección, es posible rastrear diversas zonas del discurso la apelación, por parte de Battaglia, al conocimiento y a los saberes de otros testigos. Tales apelaciones concuerdan con momentos en los que el declarante manifiesta vacíos en el recuerdo. Todo esto es sintomático de una noción de verdad jurídica en la cual, olvidos mediante o no, se hace pertinente la participación de quienes tengan un saber para aportar. Cada uno sería portador de fragmentos de una verdad igualmente fraccionada. De allí la importancia de los diferentes testigos a los fines de obtener (al menos) una verdad que se construya entre todos, entendida en términos participativos. De ahí, por supuesto, la importancia de estos Juicios. En diversas oportunidades, Battaglia se muestra optimista de que su relato pueda ser completado por otras personas. Así se ve, por ejemplo, cuando habla de quien fuera un compañero durante el secuestro:

En la Prefectura estuvo Lencina. Él conocía muy bien a todo el personal de Prefectura, él los nombraba porque él era marinero, por lo tanto conocía muy bien todo lo que eran los funcionarios de la Prefectura. Y allí estuvo detenido un muchacho que trabajaba en el servicio de

aduanas, de un apellido polaco (ya no me voy a acordar), Lencina sabe seguro quién es porque se conocían y se trataban como amigos, se conocían del trabajo (Audiencia, 2001, p. 23).

Algo semejante deja ver el siguiente fragmento, en el que Battaglia hace una especie de llamado al testimonio:

Este hombre puede ser testigo de numerosas situaciones en las cárceles del país y en la forma que se concretaron, antes del 24 de marzo del '76, posterior al 24 de marzo del '76 y posterior al 13 de diciembre del '76 en que son las fechas en que más cambios existieron dentro del penal. En la Unidad 9^o estuve con otras personas –ahora no recuerdo– pero había muchísima gente que puede ser testigo también de estos hechos, no los conozco yo solo, el doctor Busteco por ejemplo –mendocino– compañero político de Benito, estuvo también en el pabellón número 9^o durante mucho tiempo (...) (Audiencia, 2001, p. 11).

Con el objetivo de reconstruir el caso en particular y el funcionamiento de uno de los centros clandestinos de detención y tortura en el que estuvo Battaglia, y junto con ello, el sistema represivo en general, uno de los abogados le pregunta si recuerda el nombre de un sacerdote que visitaba el lugar. El testigo contesta lo siguiente: “No, no, pero se puede averiguar el nombre. Me acuerdo ahora que usted me preguntó si alguien me visitó” (Audiencia, 2001, p. 17). Esta última aseveración da cuenta del valor de la instancia del testimonio: los interrogantes del otro (en este caso el abogado) para la reconstrucción, funcionan como una forma de recordar e, incluso, como medios de reconstruir la verdad. Es decir que no solo en la etapa previa a la declaración el testigo recuerda por sí solo y con preguntas y guías de los abogados y las personas que lo acompañan, sino que también el recuerdo se suscita, frecuentemente, en el preciso momento en el cual se declara. Los planteos de Pollak sobre la entrevista bien pueden servir a esta cuestión:

La situación de la entrevista es ella misma, al igual que el escrito autobiográfico, un momento de testimonio y de reconstrucción de identidad para la persona entrevistada, quien da forma a la negociación previa a todo encuentro y delimita los escritos solicitados” (2006, p. 74).

Asimismo, la relación entre la particularidad del caso específico y la generalidad del sistema da cuenta de una voluntad mayor de reconstrucción de tal sistema. Esto se traduce en que los Juicios trascienden los casos aislados, como se ve en lo inmediatamente posterior.

Jueces y abogados comparten la idea de una verdad que se construye entre todos, porque, en efecto, ésta una de las nociones sobre las que se cimentan los Juicios por la Verdad. Como señala Teitel “(...) Lo atrayente de este modelo es su

capacidad para ofrecer una perspectiva histórica más amplia, en lugar de meros juicios para casos aislados” (2003, p. 11). De esta manera, luego de escuchar la exposición de Battaglia y permitir que se explaye en su relato, le preguntan por otras personas, por otros casos de secuestro y desaparición para, en última instancia, intentar reconstruir la denominada “Noche de las Corbatas”. En este punto, el testimonio en primera persona cede lugar al testigo en tercera, por lo que saltan a la vista los límites lábiles que existen entre el testimonio y el testigo en este tipo de juicios, lo que implica ya una noción particular de verdad: con frecuencia, quien declara testimonia por sí mismo, por su propia verdad, pero también por la de otros. Jelin diferencia dos significados del término “testigo”:

Hay dos sentidos de la palabra “testigo” que entran en juego. Primero, es testigo quien vivió una experiencia y puede, en un momento posterior, narrarla, “dar testimonio”. Se trata del testimonio en primera persona, por haber vivido lo que se intenta narrar. La noción de “testigo” también alude a un observador, a quien presencié un acontecimiento desde el lugar del tercero, a quien vio algo aunque no tuvo participación directa o personal en el mismo. Su testimonio sirve para asegurar o verificar la existencia de cierto hecho. Desde la primera acepción de testigo-partícipe, hay acontecimientos y vivencias de los que no es posible testimoniar, porque no hay sobrevivientes. Nadie ha vuelto de la cámara de gas, como nadie ha vuelto de un “vuelo de la muerte” en Argentina, para contar su experiencia o aun silenciar su trauma. Este agujero negro de la vivencia personal, este hueco histórico, marca un límite absoluto en la capacidad de narrar. Es el hueco y la imposibilidad humana planteados por Primo Levi, quien se reconoce en el “deber de memoria” como testimoniante “delegativo” o “por cuenta de terceros” que les cabe a los sobrevivientes. El testigo-partícipe que no puede testimoniar es, en el mundo de los campos de concentración y especialmente de Auschwitz, la figura del “musulmán”, aquel que ha perdido su capacidad humana cuando todavía no había muerto corporalmente²² (2012, p. 110).

Asimismo, debido a que “los límites en el acceso a las fuentes se potencia por la condición aún inaccesible de los archivos en el poder de los perpetradores” (Crenzel, 2008, p. 21) el testimonio adquiere un lugar privilegiado. Respecto de la importancia de él en este tipo de juicios y a los efectos de reconstruir la verdad, Varsky explica:

En todo proceso penal, el testimonio es una prueba valiosa para dar cuenta de cómo sucedieron los hechos. Ahora bien, si hablamos de

22 Al igual que las diferentes acepciones de la palabra testigo, Agamben define la figura del “musulmán” en *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo* (2010, p. 15).

los testimonios que se brindan en el marco del proceso de justicia por crímenes de lesa humanidad, estos tienen la característica de ser, probablemente, la prueba más importante. En especial, si pertenecen a sobrevivientes o testigos de los secuestros, ya que aportan datos imprescindibles sobre el hecho en sí mismo, sobre todo teniendo en cuenta la escasez de documentos oficiales que pueden ser presentados como evidencia, o la adulteración de los pocos que existen, como los legajos de los imputados (2011, p. 51).

Por momentos, Battaglia se convierte en testigo de lo que vivieron otros, reconstruyendo además una verdad, una historia y una memoria colectiva. Así, uno de los abogados, tratando de indagar sobre un accionar más amplio y sistemático que el caso particular de Battaglia, inquiere lo siguiente: “Cuando comenzó su exposición usted hizo referencia que, alrededor del aparato represivo militar que funcionaba en esa época, actuaban grupos que funcionaban alrededor de este aparato represivo. ¿Usted puede dar alguna idea de a qué tipo de grupos se refiere?” (Audiencia, 2001, p. 20). Otro abogado le pregunta si “¿conoció en ese sitio presos que no estuvieran en la misma condición?” (Audiencia, 2001, p. 25); una abogada le dice: “Doctor Battaglia, cuando estuvo en Sierra Chica [localidad de la provincia de Buenos Aires] usted dijo que fueron nada más que 24 horas. ¿Recuerda gente de Mar del Plata que haya estado allí?” (Audiencia, 2001, p. 26). Todas estas preguntas están direccionadas a reconstruir el funcionamiento de un sistema más general, sin que por ello se descuide otro de los objetivos de los juicios, a saber, la averiguación por el hecho de qué sucedió con personas sobre quienes no se tienen datos o acerca de las cuales es necesario esclarecer las circunstancias de su muerte. En este sentido, le preguntan en determinadas oportunidades por otros abogados como Candeloro y Centeno, en un intento por reconstruir la Noche de las Corbatas. Mientras que un fiscal pide a Battaglia que amplíe su testimonio sobre una persona de identidad desconocida (“¿Y ese muchacho que usted mencionó que estaba muy lastimado, lo podría describir?”) (Audiencia, 2001, p. 16), uno de los abogados le pregunta por cualquier caso del que pudiera haber tenido información:

Cuando usted salió en libertad, seguramente por su actividad política y profesional, pudo haber tenido información sobre personas o procedimientos de los cuales haya resultado desaparecida alguna persona de acá de Mar del Plata. Como testigo, ¿usted conoce, después de su liberación, casos o presenció o tiene información sobre procedimientos donde hayan resultado personas desaparecidas? (Audiencia, 2001, p. 28).

El abogado que inquiere a Battaglia hace explícito el rol que ahora se le ha asignado, por lo que pide que responda “como testigo”, en su calidad de tal. Inclusive él mismo relata el caso del secuestro de Silvia Filler (caso anterior a 1976 que se decidió incluir en el Juicio). Como señala Andriotti Romanin,

(...) En el transcurso de las audiencias el relato de los testigos sobrevivientes ocupaba el lugar central por sobre otros elementos que podían aportar al proceso penal. Por ende, la indagación que realizaban el fiscal y los abogados se centraban en preguntas regidas por un espíritu investigativo con el objetivo de ampliar el testimonio (2013a, pp. 13-14).

Incluso, el relato de Battaglia se hace sobre la reconstrucción de datos e información que le han brindado testigos directos del secuestro de Filler. Battaglia es entonces testimonio, testigo directo y, ahora también, testigo de referencia.

Consideraciones finales

Los Juicios por la Verdad se constituyeron en Mar del Plata como en otras ciudades de Argentina en las que se llevaron a cabo, en espacios jurídicos de resistencia frente a un Poder Ejecutivo y Legislativo (y aún gran parte del Judicial) que hacían caso omiso a todo intento de revisión del pasado reciente en Argentina. El silencio sobre los hechos y crímenes perpetrados por los represores fue impuesto desde los mismos inicios de la dictadura y perpetuado tanto en el pacto de silencio de los militares, así como en los sucesivos gobiernos democráticos –con la excepción del hito del Juicio a las Juntas en 1985 y lo anterior a él desde la vuelta de la democracia– hasta el año 2003. Todo ello convierte al testimonio de estas instancias jurídicas en un lugar simbólico y de carácter ritual que permite restituir la voz a aquellos a quienes había sido negada y la de quienes se convirtieron en víctimas de una dictadura, luego revictimizados por años de olvido, silencio e impunidad, al menos desde una hegemonía que en líneas generales pretendía dejar a un lado el pasado.

En el caso particular de la declaración analizada, es posible dimensionar que el espacio del testimonio en el Juicio por la Verdad, instala un lugar en donde quien testimonia. Alfredo Battaglia en este caso, no solo elabora el relato de los hechos de su experiencia singular y lo sucedido en el plano meramente factual durante la dictadura, sino que se presenta también como sitio en el que puede esbozar sus ideas sobre una dimensión más amplia que la de los acontecimientos: elabora y hace ingresar una especie de metatexto o metadiscurso a partir del que se proyectan sus reflexiones sobre su propio testimonio y sus ideas de verdad, vinculadas con el contexto del discurso testimonial. Es decir que, no solamente desde el juicio como acto social, sino por medio del contenido y el relato que tiene lugar en ese juicio –concretamente desde el testimonio– se esbozan imágenes de verdad, plausibles de ser asociadas a las de memoria y justicia, como se vio en el

presente trabajo. La declaración no reconstruye verdad únicamente, sino además la noción sobre lo que se entiende por tal verdad. En este sentido el testimonio de Battaglia es, a la vez que instancia jurídica, documento acerca de sus propios modos de construcción y sobre su contexto. El testimonio vale también por lo que falta en él: Battaglia puede hacer referencia, además de su verdad, sus olvidos. Finalmente, quien ha sido víctima del sistema represivo es reparado en al menos un sentido de no menor importancia: posee el derecho a hablar, que le fuera negado durante la dictadura.

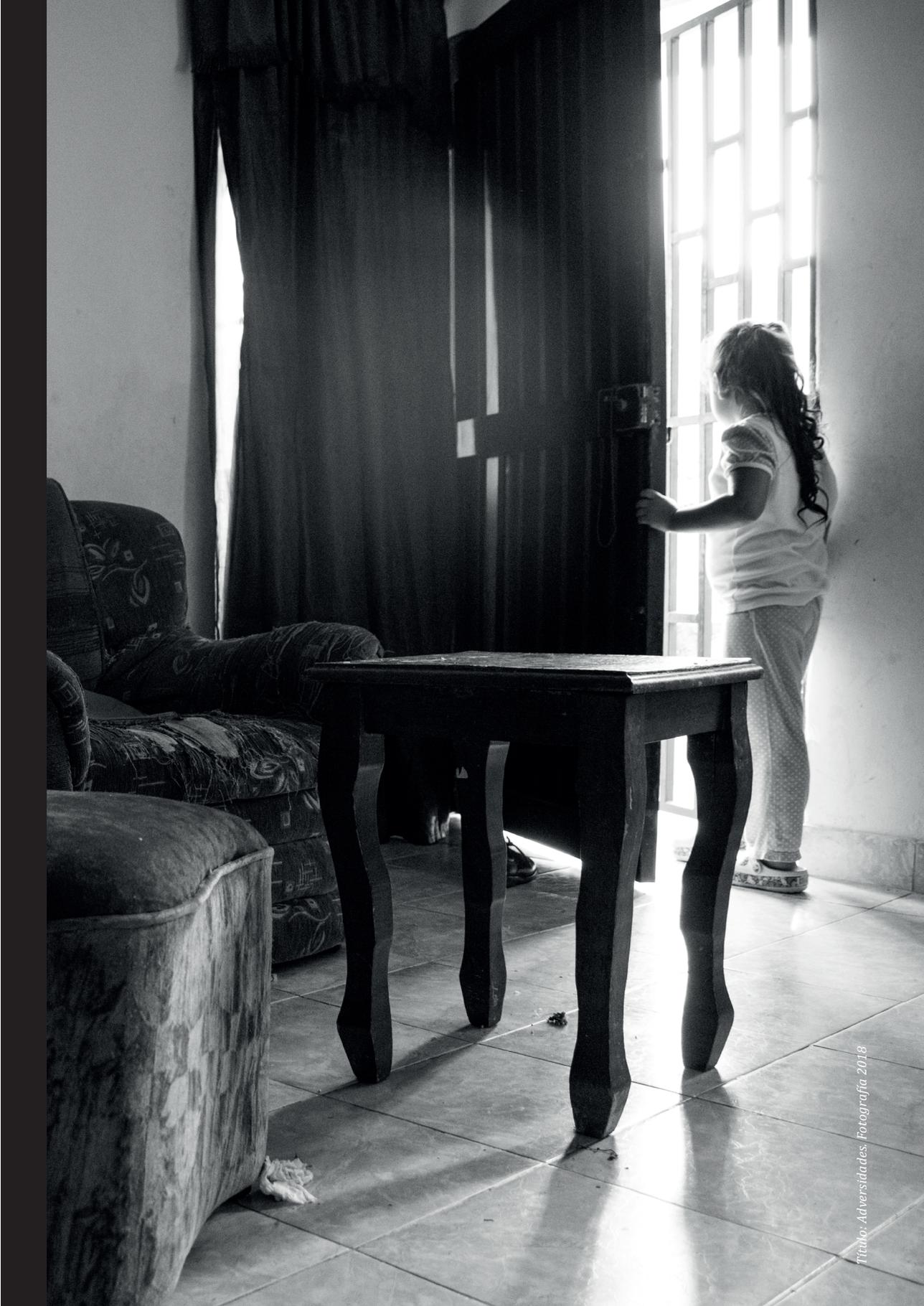
Referencias

- Abraham, N. & Mattei E. (2012). Nuevo comienzo democrático en Uruguay: la Ley de Caducidad en querrela. *African Yearbook of Rhetoric*, número especial: New Beginnings: Argentina & South Africa, edited by Claudia Hilb and Philippe-Joseph Salazar, Centre for Rhetoric Studies – University of Cape Town/ Africa Rhetoric Publishing. Cape Town.
- Agamben, G. (2010) [1999]. *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*. Valencia: Pre-Textos.
- Alonso, L. (2011). Introducción: Sobre el abordaje local de un movimiento nacional/global. En *Luchas en plazas vacías de sueños. Movimiento de derechos humanos, orden local y acción antisistémica en Santa Fe* (pp. 15-31). Rosario: Prohistoria.
- Andriotti, E. (2013a). Decir la verdad, hacer justicia. Los Juicios por la Verdad en Argentina. *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, Center for Latin American Research and Documentation, University of Amsterdam. Netherlands. N° 91, Abril-Julio, pp. 24-43.
- Andriotti, E. (2013b). *Memorias en conflicto: El movimiento de Derechos Humanos y la construcción del Juicio por la Verdad de Mar del Plata*. Mar del Plata: Eudem.
- Andriotti Romanin, E. (2015). Entrevista a Hugo Cañón. Buscar justicia es apostar por la vida. *Clepsidra. Revista Interdisciplinaria de Estudios sobre memoria*. Buenos Aires. Número 3. Marzo, pp. 132-147.
- Audiencia de Juicio por la Verdad (05-02-2001). Mar del Plata. Testimonio de Alfredo Battaglia. Disponible en <https://cdadum.files.wordpress.com/2013/08/audiencia-2001-02-05-battaglia.pdf>
- Badenes, D. & Miguel L. (2007). Ni héroes ni traidores. *Revista Puentes*. La Plata: Año VII, N° 21, pp. 6-15.
- Balardini, L., Oberlin, A. & Sobredo, L. (2011). Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención. En *CELS: Hacer justicia* (pp. 167-226). Buenos Aires: Siglo veintiuno.

- Benjamin, W. (1991). El narrador. En *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*. Iluminaciones IV (pp. 111-134). Madrid: Taurus.
- Calveiro, P. (2006). *Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina*. Buenos Aires: Colihue.
- CONADEP (1984). *Nunca más. Informe de la comisión Nacional sobre la desaparición de personas*. Buenos Aires: Eudeba.
- Crenzel, E. (2008). *La historia política del Nunca más. La memoria de las desapariciones en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Crenzel, E. (2010). Introducción; La víctima inocente: de la lucha antidictatorial al relato del *Nunca más*. En Crenzel, E. (coord.), *Los desaparecidos en la Argentina. Memorias, representaciones e ideas (1983-2008)* (pp. 11-23; 65-83). Buenos Aires: Biblos.
- Duhalde, E. (2009). El ex detenido-desaparecido como testigo de los juicios por crímenes de lesa humanidad: una aproximación al tema. En Duhalde, E. & otros, *Acompañamiento a testigos en los juicios contra el terrorismo de Estado. Primeras experiencias* (pp. 11-27). Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos.
- Dussel, I., Finocchio S. & Gojman S. (2007) [2003]. *Haciendo memoria en el país de Nunca Más*. Buenos Aires: Eudeba.
- Feierstein, D. (2011) [2007]. *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Halliday, M.A.K. (1982). *El lenguaje como semiótica social: la interpretación social del lenguaje y del significado*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Honorable Concejo Deliberante (Mar del Plata-Batán). El Doctor Alfredo Battaglia fue declarado "Ciudadano Ejemplar post mortem", por el Concejo Deliberante. Boletín del día 19 de diciembre de 2012.
- Disponible en <http://www.concejo.mdp.gob.ar/prensa/actividades/gacetillas/index.php?id=173>
- Jay, M. (2009). *Cantos de experiencia. Variaciones modernas sobre un tema universal*. Buenos Aires: Paidós.
- Jelin, E. (1995). La política de la memoria. El movimiento de derechos humanos y la construcción democrática en Argentina. En Acuña, C. & otros, *Juicios, castigos y memorias. Derechos humanos y justicia en la política argentina*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Jelin, E. (2004). Minorías y luchas políticas. *Revista Oficios terrestres*. Comunicación y memoria. Estrategias de conocimientos y usos políticos. Año X. Número 15/16. UNLP: La Plata, pp. 10-21.
- Jelin, E. (2010). ¿Víctimas, familiares o ciudadanos/as? Las luchas por la legitimidad de la palabra. En Crenzel E. (coord.), *Los desaparecidos en la Argentina. Memorias, representaciones e ideas (1983-2008)* (pp. 227-249). Buenos Aires: Biblos.

- Jelin, E. (2012) [2002]. *Los trabajos de la memoria*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Kaufman, A. (2004). Nacidos en la ESMA. *Revista Oficios terrestres*. Año X. Número 15/16. Comunicación y memoria. Estrategias de conocimientos y usos políticos, pp. 29-37.
- La Capra, D. (2006). *Historia en tránsito. Experiencia, identidad, teoría crítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Levi, P. (2006) [1963]. *La tregua*. Barcelona: Quinteto.
- Lvovich, D. & Bisquert J. (2008). *La cambiante memoria de la dictadura. Discursos públicos, movimientos sociales y legitimidad democrática*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento; Buenos Aires: Biblioteca Nacional.
- Masiello, F. (1987). La Argentina durante el Proceso: Las múltiples resistencias de la cultura. En Balderston D. & otros, *Ficción y política. La narrativa argentina durante el proceso militar* (pp. 11-29). Buenos Aires: Alianza.
- Memoria Abierta (2010). *Abogados, derecho y política*. Buenos Aires: Memoria Abierta, pp. 124- 134.
- Miguel, L. (2006). Juicios por la verdad. Grietas en la impunidad. *Revista Puentes*. La Plata. Año VI, N° 17. Abril, pp. 25-35.
- Pollak, M. (2006). *Memoria, olvido, silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límite*. La Plata: Al margen.
- Ricoeur, P. (2008). *La memoria, la historia, el olvido*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Rousseaux, F. (2009). Memoria y verdad. Los juicios como rito reconstitutivo. En Duhalde, E. & otros, *Acompañamiento a testigos en los juicios contra el terrorismo de Estado. Primeras experiencias* (pp. 28-38). Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos.
- Said, J. y Vásquez, G. (2009). La importancia de un sistema federal de información para las investigaciones sobre el terrorismo de Estado. En Duhalde, E. & otros, *Acompañamiento a testigos en los juicios contra el terrorismo de Estado. Primeras experiencias* (pp. 45-48). Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos.
- Sarlo, B. (1987). Política, ideología y figuración literaria. En Balderston, D. & otros, *Ficción y política. La narrativa argentina durante el proceso militar* (pp. 30-59). Buenos Aires-Madrid: Alianza.
- Schapiro, H. (2002). Surgimiento de los "Juicios por la Verdad". *El vuelo de Ícaro*. Vol 2-3, pp. 359-401.
- Semprún, J. (2004). *La escritura o la vida*. Buenos Aires: Tusquets.
- Teitel, R. G. (2003). Genealogía de la justicia transicional. Traducción del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Título original: "Transitional justice genealogy". *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge MA: Cambridge. Vol. 16 spring, pp. 69-94. (Versión electrónica en español, pp. 1-27).

- Traverso, E. (2011) [2005]. *El pasado, instrucciones de uso*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Van Dijk, T. (1988). *Estructuras y funciones del discurso*. México D.F.: Siglo XXI.
- Varsky, C. (2011). El testimonio como prueba en procesos penales por delitos de lesa humanidad. En CELS (comp.), *Hacer Justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina* (pp. 49-77). Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.
- Verbitsky, H. (2003). *Civiles y militares. Memoria secreta de la transición*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Vezzetti, H. (2002). *Pasado y presente. Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Vezzetti, H. (2009). *Sobre la violencia revolucionaria. Memorias y olvidos*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Vinyes, R. (ed.) (2009). *El estado y la memoria*. Buenos Aires: Del nuevo extremo-RBA (España).
- Williams, R. (1997) [1977]. "La hegemonía"; "Dominante, residual y emergente". En *Marxismo y literatura* (pp. 129-136; 143-149). Barcelona: Península.
- Yerushalmi, Y. et al. (1989). *Usos del olvido*. Buenos Aires: Nueva Visión.



Contrato de seguro de vida grupo deudores: caracterización y problemáticas*

Jonathan Zapata Flórez y otros**

Resumen

En el presente escrito se pretende abordar críticamente el estudio y análisis del contrato de seguro de vida grupo deudores. Primero, se conceptualizará este contrato teniendo en cuenta las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto; segundo, se abordará el deber de información que debe tener la entidad bancaria con el asegurado; tercero, se analizará la posible práctica abusiva en el pago de la prima del seguro; cuarto, se abordará el asunto de la legitimación de terceros no beneficiarios para exigir el cumplimiento del contrato de seguro; finalmente, se expondrán unas conclusiones.

Palabras clave: contratación conexa; contrato de seguro de vida grupo deudores; deber de información; práctica abusiva.

Life insurance group debtors contract: characterization and problems

Abstract

This paper is intended to critically study and analyze the life insurance group debtors contract. First, this contract will be conceptualized taking into account the different doctrinal and jurisprudential positions in this regard; second, the duty of information that the bank must have with the policyholder will be tackled; third, the possible abusive practice in the payment of the insurance premium will be analyzed; fourth, the issue of the legitimacy of non-beneficiary third parties to demand compliance with the insurance contract will be addressed; Finally, conclusions will be presented.

Keywords: related contracting; contract for life insurance group debtors; information duty; and abusive practice.

Contrato de seguro de vida grupo clientes: caracterização e problemáticas

Resumo

Este artigo visa abordar de maneira crítica o estudo e a análise do contrato de seguro de vida grupo clientes. Em primeiro lugar, este contrato se conceitualizará levando em consideração as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais a este respeito; em segundo lugar, se abordará o dever de informação que deve ter o estabelecimento bancário com o assegurado; em terceiro lugar, se analisará a possível prática abusiva no pagamento do prêmio do seguro; em quarto lugar, se abordará o assunto da legitimização de terceiros não beneficiários para exigir o cumprimento do contrato de seguro; finalmente, se apresentarão algumas conclusões.

Palavras-chave: contratação conexa; contrato de seguro de vida grupo clientes; dever de informação; prática abusiva.

* Documento de reflexión. Derivado de las labores investigativas del Semillero de Investigación *Contratación privada contemporánea*, adscrito al grupo de investigación Saber, Poder y Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, línea de Contratación privada contemporánea. Profesores coordinadores: Luz María Wills Betancur y Jonathan Zapata Flórez.

** Artículo elaborado Jonathan Zapata Flórez, abogado y profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; Santiago Velásquez Castaño, abogado de la Universidad de Antioquia; Carolina Salazar Restrepo, Daniel Gómez Sánchez, Edwin Alexander Villa, Felipe Osorio Tabares, Juan Felipe Molina, Manuela Salazar Garzón, Natalia Calle Garcés, Santiago Muñoz Álvarez, Sebastián Sierra Suárez y Yurany Isaza Botero, estudiantes del pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico de contacto: jonathan.zapataf@udea.edu.co

Contrato de seguro de vida grupo deudores: caracterización y problemáticas

Jonathan Zapata Flórez y otros

Introducción

La pérdida se constituye, desde los inicios de la humanidad, como una de las sensaciones más temidas y menos deseadas por el ser humano; sin embargo, por la naturaleza misma de la vida y del entorno en el que se estructura y vive el hombre, aquella es inevitable. No obstante, han existido a lo largo de la historia diferentes alternativas para mitigar los riesgos y así evitar pérdidas de carácter patrimonial o personal que la muerte acarrea, las cuales se fueron integrando y perfeccionando a través del tiempo para dar lugar a lo que hoy se conoce como el sector asegurador.

La empresa aseguradora utiliza el contrato de seguro para materializar su principal actividad. El contrato de seguro se puede definir, de acuerdo con Herrera Rico (1995) como “un contrato por el cual una parte (el tomador/ asegurado) obtiene la promesa de otra persona (el asegurador), a cambio de una remuneración (prima), de que en caso de la realización de un riesgo (siniestro), recibirá una compensación (indemnización)” (p. 34). En el mismo sentido, Vivante (2002) lo define como un contrato a través del cual una empresa, que ha sido constituida para el ejercicio de estos negocios, adquiere la obligación de pagar una suma de dinero al acontecer un caso fortuito. Como contraprestación la empresa recibe un precio, que se calcula según la probabilidad de acontecimiento de ese hecho.

En este escrito se pretende abordar el estudio crítico sobre algunos asuntos problemáticos del contrato de seguro de vida grupo deudores. Para ello se partirá de la conceptualización de este contrato, tomando en cuenta las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto. En segundo lugar se abordará el deber de información que ha de cumplir la entidad bancaria con el asegurado. Luego se analizarán las prácticas abusivas dentro del pago de prima del seguro. En

cuarto lugar, se abordará el asunto de la legitimación de terceros no beneficiarios para exigir el cumplimiento del contrato de seguro. Finalmente, se expondrán unas conclusiones. Se trata este de un documento de reflexión con un enfoque cualitativo, basado en la búsqueda, análisis y correlación de bibliografía especializada.

El contrato de seguro de vida grupo de deudores

Los seguros, en general, se pueden dividir en dos grandes categorías: seguros terrestres y seguros marítimos¹. Los primeros, a su vez, se clasifican en seguros de daños y seguros de personas. Los seguros de daños tienen una finalidad indemnizatoria, pues buscan resarcir una afectación patrimonial causada por la pérdida o daño de un bien; por otra parte, los seguros de personas garantizan el pago de un capital cuando se afecta la existencia o la salud del asegurado. En este escrito se dará cuenta, en particular, de la conceptualización y análisis de una especie de los seguros de personas, denominada *seguro de vida grupo deudores*.

El contrato de seguro se caracteriza porque (I) es consensual, pues se perfecciona con el consentimiento en sus elementos esenciales; (II) es bilateral, ya que genera prestaciones para ambas partes; (III) es oneroso, el tomador debe pagar una prima y la aseguradora asume el pago de una indemnización en caso de verificarse el siniestro; (IV) es aleatorio, el riesgo que cubre es un hecho incierto; (V) de tracto sucesivo, las prestaciones se difieren en el tiempo, esto sucede con el pago de la prima y la asunción del riesgo (art. 1036 del Código de Comercio); y, en la práctica, (VI) suele ser de adhesión, pues por regla general no hay posibilidad para que el tomador negocie el clausulado (Sentencia T-086 de 2012).

Sus elementos esenciales, definidos en el artículo 1045 del Código de Comercio, son: (I) el interés asegurable, que se define como la relación económica entre el riesgo y la persona que lo administra; (II) el riesgo asegurable, que consiste en el hecho futuro e incierto que se asegura; (III) la prima, la cual constituye una suma de dinero que paga el tomador por trasladar el riesgo; (IV) la obligación condicional de la aseguradora de indemnizar al asegurado en caso de que se verifique la ocurrencia del riesgo.

Luego de enunciarse, de manera muy general, las características principales que poseen todos los contratos de seguros, se procederá a realizar una conceptualización específica del contrato de seguro de vida grupo deudores, exponiendo su finalidad, las partes integrantes de este tipo de seguro y sus elementos esenciales. Así mismo, se hará referencia a la álgida discusión que suscita el interés asegura-

1 Cfr. Artículo 1036 y siguientes del Código de Comercio, así como los artículos 1703 y siguientes del mismo estatuto.

ble en este tipo de contratos, presentando las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales al respecto, y la postura adoptada por los autores del artículo.

Se tiene entonces que el seguro de vida grupo deudores es definido por la Superintendencia Financiera, en el capítulo segundo del título VI de la Circular Básica Jurídica 07 de 1996, como un contrato “cuyo objeto es la protección contra los riesgos de muerte e incapacidad total y permanente a los deudores de un mismo acreedor, adquiriendo éste, en todos los casos, la calidad de tomador”. De acuerdo con lo anterior, este tipo de seguro se pacta para cubrir la vida de los deudores por el saldo insoluto de la deuda adquirida por ellos, y el tomador siempre será el responsable por el pago de la prima².

La Superintendencia Financiera, en la misma Circular, define cuáles son algunos de los sujetos intervinientes³ en dicho contrato, de la siguiente manera:

Tomador: El tomador del seguro de vida grupo, en las pólizas de deudores, será el acreedor. En el caso que nos ocupa, la institución financiera que otorga el crédito.

Asegurado: El deudor de la entidad financiera, quien se constituye como asegurado principal. En este tipo de pólizas, además del asegurado principal, podrán asegurarse, por voluntad de las partes, los codeudores, por la misma suma asegurada y con los amparos con los cuales cuente el asegurado principal. Pero el tomador sólo podrá exigir el seguro para el asegurado principal.

Beneficiario: Así mismo, el beneficiario en estos seguros será el tomador, hasta por el saldo insoluto de la deuda⁴.

Como características importantes, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de junio de 2011, resalta: (I) que su celebración no es obligatoria ni constituye un requisito indispensable para acceder a un crédito; (II) es usual dentro de este seguro, que el deudor-asegurado se adhiera a las condiciones que propone el acreedor (entidad bancaria), la cual deberá brindarle la debida información en torno a las condiciones acordadas en dicho contrato; (III) los riesgos asegurados a través de este seguro son la muerte o incapacidad permanente del deudor; (IV) el interés asegurable se encuentra en cabeza del deudor, mientras que el acreedor puede tener un interés eventual e indirecto en el seguro; y (V) el valor asegurado es pactado por las partes, con la única limita-

2 Cfr. Artículo 3.6.3.2. del capítulo segundo del título VI de la Circular Externa 07 de 1996.

3 Se debe tener en cuenta que el contrato de seguro tiene dos partes, propiamente hablando: el asegurador, que es la entidad que asume el riesgo asegurable y recibe el pago de la prima y el tomador, quien paga la prima. Esto no obsta para que existan otras personas que participen en el contrato.

4 Cfr. Artículo 1141 del Código de Comercio

ción de que la indemnización a favor del acreedor-tomador, no puede ser mayor al saldo insoluto de la deuda.

Ahora que se tiene claridad sobre cuál es la finalidad del contrato, las partes integrantes y sus características particulares, se pasará a exponer la problemática de determinar en cabeza de quién radica el interés asegurable.

De acuerdo con el artículo 1083 del Código de Comercio, el interés asegurable es el que tiene “toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo”. De la misma forma, el Artículo 1137 del mismo código dispone que en los seguros de personas pueda existir un interés asegurable sobre los siguientes aspectos:

- 1) En su propia vida;
- 2) En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos, y
- 3) En la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta.

Doctrinariamente ha sido definido el interés asegurable en los seguros de personas como:

La relación económica (se diría mejor económica-afectiva) amenazada por un riesgo personal (la muerte, la desmembración, la enfermedad, la incapacidad y aún la supervivencia), que una persona tiene con otra (el asegurado) y que puede o no ser objeto de eventual daño patrimonial como consecuencia de la realización del riesgo asegurado (Ossa, 1991, p. 84).

Determinar en cabeza de quién radica el interés asegurable en el contrato de seguro de vida grupo deudores, como ya se dijo, no es un asunto pacífico. Al respecto, existen cuatro posturas diferentes: la primera, que entiende que el interés asegurable se encuentra en cabeza del deudor del crédito, es decir, del asegurado, por lo que el contrato se constituiría por cuenta ajena⁵; la segunda, que sostiene que el interés asegurable radica en cabeza de la institución financiera que otorga el crédito, es decir, del tomador del seguro, por lo que este contrato se constituiría por cuenta propia⁶; la tercera, argumenta que existe un interés asegurable tanto en cabeza del tomador como del asegurado, teniendo el asegurado un

5 Cfr. El contrato de seguro por cuenta ajena surgirá cuando “el tomador o contratante de la póliza no tenga un interés asegurable propio (o personal) por estar radicado en cabeza de otra persona, quien hará las veces de asegurado en la póliza de seguros” (Díaz-Granados, 2015, p. 131).

6 Cfr. En el contrato de seguro por cuenta propia, frente a la vida de un tercero: “es el contratante del seguro quien cuenta con dicho interés por ostentar una preocupación legítima frente al tercer asegurado” (Díaz-Granados, 2015, p. 133).

interés directo y el tomador un interés indirecto, constituyéndose también como un contrato por cuenta ajena; por último, existe una cuarta postura que plantea lo opuesto, señalando que el interés directo no es del deudor sino del acreedor, y que el deudor tiene un interés indirecto en el contrato de seguro, esta postura será defendida más adelante.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de junio de 2011, planteó que frente a este tipo de seguros el interés asegurable pertenece tanto al acreedor como al deudor, aunque predominantemente al deudor:

En ese sentido, debe aclararse que, en principio, podría presentarse una concurrencia de intereses que, aunque no son excluyentes, tampoco tienen correspondencia exacta: de un lado, se presenta un interés directo del propio deudor para que no se vea afectado él mismo en caso de incapacidad física, o sus herederos con la transmisión de una deuda a causa de la muerte; y de otro, puede haber un interés indirecto del acreedor, quien pretende sustraerse de los efectos y las vicisitudes de la sucesión por causa de muerte, en procura de obtener de manera inmediata el pago (...). Sin embargo, el interés que en estos contratos resulta predominante -se recalca- pertenece al *solvens*, pues si se sobrepusiera el eventual interés que podría inspirar al acreedor, el seguro tornaría como uno de crédito y escaparía a la regulación normativa que viene de mencionarse.

No obstante, se difiere del anterior razonamiento de la Corte, en tanto que el hecho de decir que el interés asegurable recae principalmente en cabeza del acreedor, no significa que el seguro de vida grupo deudores degenera en un seguro de crédito, puesto que ambos están dirigidos a cubrir riesgos con nítidas diferencias: mientras que el seguro de crédito cubre el riesgo de incumplimiento de una obligación dineraria, el seguro de vida grupo deudores cubre la muerte o incapacidad permanente del deudor, no el mero incumplimiento. Por lo tanto, mal hace la Corte al plantear que si el interés asegurable pertenece primordialmente al acreedor nos encontraríamos frente a un seguro de crédito, pues, como ya se dijo, el seguro de vida grupo deudores no está llamado a cubrir el simple incumplimiento, por ejemplo, el ocasionado por insolvencia.

Narváez Bonnet (2013, p. 79), haciendo referencia a la sentencia mencionada, sostiene que no es cierto que el interés asegurable es indirecto frente al acreedor y directo frente al deudor, en tanto que, el interés asegurable es del acreedor: en primer lugar porque en virtud del numeral 3 del artículo 1137 del Código de Comercio, se tiene interés asegurable en la vida de las personas, cuya muerte o incapacidad pueda generar un perjuicio económico al tomador del seguro; en segundo lugar, porque la principal finalidad de este tipo de seguro es que la entidad financiera, como tomadora, no tenga la necesidad de

acudir a una sucesión persiguiendo el pago de la deuda y que eventualmente esta no resulte satisfecha.

En otras palabras, según dicho autor, el hecho de que el riesgo provenga de la muerte o incapacidad permanente del deudor, no significa que lo que se cubre sea el interés asegurable de este, pues la finalidad de dicho seguro es que el acreedor reciba el pago del saldo insoluto de la deuda por parte de la aseguradora, independientemente como consecuencia de esto el deudor o sus herederos se vean beneficiados (Narváez, 2013, p. 80).

En conclusión, no se requiere de enrevesados argumentos para explicar la figura del seguro de vida grupo deudores. Acudiendo a los elementos del contrato de seguro se puede concluir que el acreedor es al tiempo tomador y beneficiario, el cual toma el seguro a nombre propio y está obligado al pago de la prima⁷, a pesar de que en muchos casos traslade esta obligación al deudor, quien se beneficia indirectamente del reconocimiento de la póliza del seguro.

Una vez analizada la naturaleza del contrato de seguro de vida grupo de deudores, se hace necesario relacionarlo con el deber de información, cuyas posturas doctrinarias tradicionales han enfocado este deber exclusivamente en cabeza del asegurado.

El deber de información en el contrato de seguro de vida grupo de deudores

El deber de información, expresión propia del principio constitucional de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 1603 del Código Civil, se entiende como la exigencia de:

(...) dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho (...) sobre el objeto del contrato, que permiten dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo, bajo los postulados de buena fe.

(...) La obligación de informar encuentra su razón de ser en dos supuestos. Por una parte, la desigualdad de conocimientos entre los contratantes, cuyo cumplimiento pretende lograr el restablecimiento de la igualdad entre las partes evitando el ejercicio abusivo de posiciones dominantes; y por la otra, formar adecuadamente el consentimiento

7 Cfr. Artículo 3.6.3.2. del capítulo segundo del título VI de la Circular Externa 07 de 1996

del contratante en cuanto el cumplimiento del deber de información robustece dicho consentimiento al permitir su formación (Chinchilla, 2011, pp. 329-330).

Sobre este tema, Saavedra Muñoz sostiene que:

Con el derecho de información se pretende que el consumidor tenga una información completa y adecuada para reducir la brecha de desinformación, y que este deber de información contiene una doble fundamentación, jurídica y económica. La fundamentación jurídica se encuentra en la buena fe y la económica consiste en tomar las decisiones más adecuadas para una correcta utilización de los recursos (2012, pp. 155-156).

Tal deber debe observarse desde su aspecto positivo: dar la información necesaria para la perfecta formación del consentimiento; y negativo: evitar dar información equivocada; su aplicación debe darse de manera sustancial y no simplemente formal, estando dotada de claridad, oportunidad y transparencia.

Es importante la adecuada información de quienes contratan, ya que esta cumple con determinados fines: “la información es una herramienta que dota a los ciudadanos de poder en todas las etapas contractuales, antes, durante y con [en la] ejecución del contrato” (Sentencia T-227 de 2016); de ella depende que el consentimiento esté debidamente formado y la voluntad de quienes contratan no se encuentre viciada; por tanto, la información pretende que el consumidor tenga un conocimiento suficiente para que exprese su consentimiento de forma libre y responsable (Saavedra, 2012, p. 157). Por último, es de importancia constitucional, ya que con el acceso a la información se “busca evitar que la libertad contractual se ejerza en detrimento de otros derechos fundamentales [de los usuarios y consumidores] y de manera abusiva por quienes representan la parte dominante, como lo son las aseguradoras y entidades bancarias” (Sentencia T-227 de 2016), con la finalidad de evitar que este abuso de la libertad contractual genere un desequilibrio que pueda afectar gravemente al consumidor o usuario de productos financieros.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de 12 de enero de 2007, indica que en los eventos en que la relación contractual sea entre un profesional y un profano, se hace más necesario el cumplimiento de este deber para equilibrar las cargas entre ambos contratantes, por lo que ha dado lugar a la construcción de una presunción de ignorancia legítima consistente en que en estos casos el conocimiento del contratante inexperto es precario, de la que se colige la exigencia de una mayor rigurosidad en la información por parte del profesional. La Corte Constitucional, en sentencia T-136 de 2013, recoge además, de acuerdo con la normatividad, ciertos requisitos mínimos que debe cumplir la información suministrada por una entidad vigilada para que cumpla con su objetivo de equilibrar las cargas. Según esta jurisprudencia la información tiene que:

a) Ser cierta, suficiente, idónea y corresponder a lo ofrecido o previamente publicitado. En este sentido, contener las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato.

b) Ser clara y comprensible.

c) Ser divulgada o suministrada oportunamente.

d) Ser entregada o estar permanentemente disponible para los consumidores financieros.

En cuanto al deber de información en los contratos de seguro, como se ha dicho, y lo ha reiterado la Corte Constitucional, “el contrato de seguro es un contrato especial de buena fe”, por lo que se espera que las partes, respecto de las condiciones del contrato, deban cumplir de manera más rigurosa con los deberes de lealtad y honestidad desde su celebración hasta la ejecución del mismo (Sentencia T-437 de 2014), lo que implica tanto una obligación como un derecho para el usuario, para la aseguradora y para la entidad financiera. En el caso concreto de los contratos de seguro de vida grupo deudores, como garantía de pago de un crédito, “la exigencia a las entidades que conforman el sistema financiero para que entreguen a los consumidores datos claros y oportunos, no es otra que equilibrar la situación de indefensión en la que estos últimos se encuentran ante ellas” (Sentencia T-227 de 2016) y de esta forma permitir que los usuarios del sistema financiero puedan tener la información necesaria para formar su consentimiento libre de vicio, y que la relación comercial sea más equilibrada para evitar un abuso de la entidad financiera como parte dominante.

El contrato de seguro de vida grupo deudores se rige por los parámetros que regulan el derecho de información que tienen los consumidores del sistema financiero, consagrados en la Ley 1328 de 2009. Al respecto señala la Circular 038 de 2011 de la Superintendencia Financiera que:

Según lo dispuesto en dicha ley, la información es: (I) un derecho de los consumidores financieros (...); (II) una obligación especial de las entidades vigiladas (...); (III) un principio orientador que debe regir las relaciones que se establezcan entre los consumidores financieros y las entidades (...); (IV) un elemento constitutivo del Sistema de Atención al Consumidor Financiero (...).

Como se ha expuesto anteriormente, el contrato de seguro de vida grupo deudores puede servir como garantía de pago en caso de que el deudor fallezca o que su incapacidad le impida seguir haciéndose cargo de la obligación. Aun cuando esto no es una exigencia legal para otorgar créditos por parte de entidades financieras,

se ha tornado en una práctica muy común el uso de este seguro como garantía de créditos bancarios, por lo que las entidades financieras lo suelen solicitar como un requisito para otorgar los mismos. Esta práctica implica, no solo un requisito adicional a los consumidores de productos financieros, sino que además genera ciertos deberes respecto de la información que deben dar, tanto los consumidores como las entidades financieras y las aseguradoras, ya que “entre más clara sea la comunicación entre las entidades vigiladas y los usuarios, más sencillo será para estos entender el alcance de sus derechos y obligaciones y cumplir con estas o hacer exigibles aquellos” (Sentencia T-227 de 2016).

Estos deberes respecto de la información van encaminados principalmente a obligar a las entidades vigiladas a ser lo más claras y precisas que puedan en cuanto a las condiciones en que se va a contratar “en procura de los derechos de los usuarios y con la finalidad de contar con una seguridad adicional del crédito” (Sentencia T-227 de 2016) tanto para el consumidor al poder tener una mayor certeza sobre lo que está contratando, como para las entidades financieras al poder asegurar el pago de una deuda en caso de muerte o incapacidad del deudor. En este orden de ideas, la Corte Constitucional en Sentencia T-227 de 2016 se pronunció en cuanto a la información consignada en las pólizas de las aseguradoras en el siguiente sentido:

[E]s deber de las aseguradoras ajustar los modelos de contrato de póliza para que la información allí consignada no conduzca a error a los consumidores, [...] más aún si se tiene en cuenta que estos contratos son de adhesión y en muchas ocasiones se tramitan ante entidades diferentes a la aseguradora, lo que imposibilita al usuario a aclarar sus dudas con inmediatez.

Así mismo, en Sentencia T-437 de 2014 de esta misma Corporación, se dejó en claro que el deber de información, en cuanto al contenido de las pólizas y modelos de contratos, genera “la obligación de las entidades vigiladas de mantener a disposición de los consumidores financieros tal información en oficinas y a través de los medios que se consideren idóneos”, y que “[...] los cambios o modificaciones de dicha información deberá (sic) ser comunicada (sic) en los extractos o estados de cuenta de las obligaciones”.

Para la afiliación del consumidor financiero al seguro grupo, como lo dispone el artículo 3.6.3.5 de la Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera, se expide un certificado individual, no sin antes haber sido presentada una solicitud de parte del tomador y del asegurado por escrito, para la cual debe el funcionario del establecimiento bancario, profesional en su actividad, indicarle al mutuario la información rigurosa de las condiciones de cobertura. Así lo dispone el artículo 3.6.3.4 de la misma circular:

3.6.3.4. Solicitudes. Para contratar un seguro de vida grupo, se debe presentar a la entidad aseguradora una solicitud firmada por el tomador, acompañada de las solicitudes individuales de ingreso

de los asegurados iniciales. Dichos documentos contendrán, como mínimo, la siguiente información:

1. Nombre del tomador
2. Nombre, documento de identificación, ocupación, fecha de nacimiento y sexo del asegurado
3. Valor del seguro solicitado
4. Nombre de los beneficiarios del seguro, parentesco y calidad de su designación

La carga de la información en la celebración de un contrato de seguro no es exclusiva de una de las partes; para el caso del presente contrato es preciso resaltar que el deber de información se manifiesta de tres formas: Usuario-Banco, Aseguradora-Banco y Aseguradora-Usuario; pero para la aseguradora y el banco contiene una mayor exigencia, justificada en la posición dominante y el carácter de profesionales especializados que se predica de estos en el desarrollo de actividades financieras y económicas complejas. Al ser el banco quien decide tomar el seguro grupo con determinada aseguradora, es lógico pensar que entre ambas entidades establecen las condiciones de cobertura, así como los riesgos que se cubren y los que no, las edades de ingreso y de permanencia, el valor de la prima, la forma de reclamación, etc. Dicho acuerdo entre el banco y la entidad aseguradora, define claramente las condiciones entre las partes (profesionales en sus actividades), pero no para el usuario, quien se encuentra en una situación clara de desventaja, sumado a que su interés radica en la celebración del contrato de mutuo, no en la contratación de dicho seguro.

Del incumplimiento del deber de información se derivan entonces determinadas consecuencias en una doble vía, es decir, tanto para el tomador (banco) como para el asegurador. Para el primero (el banco), su manifestación del deber de información se traduce en una variedad de actuaciones: declarar la coexistencia de seguros, mantener el estado de riesgo y notificar cambios (art. 1060 CCo), dar aviso sobre la ocurrencia del riesgo (art. 1075 CCo) y, de forma principal, manifestar de manera exacta el estado del riesgo. Así lo dispone el artículo 1058 del Código de Comercio: “El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador”.

Para el segundo (la aseguradora), además del deber que debe cumplir en cuanto a la información antes señalado, se le exige desplegar todas las actuaciones necesarias para determinar el estado del riesgo, así se desprende del mismo artículo 1058: “Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”.

Las sanciones en el contrato de seguro pueden variar, de acuerdo a la omisión, reticencia e inexactitud de la información y su relevancia (de no ser relevante tal omisión, no se afecta el contrato). Para el tomador: la nulidad relativa (art. 1058 CCo), la retención de la primas pagadas (art. 1059 CCo) o la deducción de la prestación a pagar (art. 1078 CCo). Para la aseguradora: la interpretación desfavorable del contenido del clausulado (art. 1624 CC), cuando se advierta algún vacío o ambigüedad en las condiciones contractuales, que puedan afectar al consumidor financiero (Sentencia T-136 de 2013) y la imposibilidad de alegar reticencia por inexactitud cuando conocía o podía conocer los hechos que configuran el estado del riesgo.

En relación con la reticencia y la inexactitud, la Corte Constitucional en Sentencia T-222 de 2014 manifestó:

La reticencia significa la inexactitud en la información entregada por el tomador del seguro a la hora de celebrar el contrato. Esta figura es castigada con la nulidad relativa. En otros términos, sanciona la mala fe en el comportamiento del declarante. Ello implica que, (i) no necesariamente los casos de preexistencias son sinónimo de reticencia. El primer evento es objetivo mientras que el segundo es subjetivo. Por tal motivo, (ii) es deber de la aseguradora probar la mala fe en los casos de preexistencias, pues solo ella es la única que sabe si ese hecho la haría desistir de la celebración del contrato o hacerlo más oneroso. En todo caso (iii), no será sancionada si el asegurador conocía o podía conocer los hechos que dan lugar a la supuesta reticencia.

En síntesis, el mutuario se encuentra en una situación de desventaja ante dos profesionales (banco y aseguradora), por lo que el deber de información de estas últimas debe ser más estricto. No es aceptable la tesis que sostiene que cualquier error en la información aportada por el usuario conlleve al no pago de la prestación. Dada entonces la posición asimétrica entre los contratantes, se dará paso a analizar el tema de las cláusulas abusivas en este contrato.

Cláusulas y prácticas abusivas en el contrato seguro de vida grupo de deudores

El contrato de seguro es un negocio en el cual es común encontrar cláusulas o prácticas abusivas, lo anterior debido a que (I) se trata del contrato por adhesión más antiguo, (II) es un contrato que se realiza a través de pólizas en el cual se incluyen una extensa cantidad de condiciones generales, lo cual facilita disimular cláusulas abusivas, y (III) la forma en la que se redactan y diseñan las pólizas desalientan la lectura de las mismas, lo anterior debido a que se encuentran redactadas de una forma que afecta su comprensión y en algunos casos pueden estar impresos de

una manera que dificulta su legibilidad (Stiglitz, 1994, pp. 81-157). Estas razones le dan importancia al estudio de posibles prácticas y cláusulas abusivas dentro del seguro de vida grupo.

Las prácticas y cláusulas abusivas se encuentran principalmente en los contratos de adhesión y en las condiciones generales de la contratación⁸; un contrato de adhesión es aquel contrato individualmente considerado en el cual un contratante se adhiere a las condiciones generales predispuestas por un empresario o profesional, mientras que las condiciones generales de la contratación son:

Aquellas que tienen como razón de ser su aplicación a un número plural de relaciones jurídicas... se caracterizan por la concurrencia de las siguientes circunstancias: a. Predisposición por una de las partes; b. Ausencia de negociación individual y c. Estar destinadas a una pluralidad de contratos (Rengifo, 2002, p. 184)⁹.

Una cláusula abusiva es aquella que “favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente” (Corte Suprema de Justicia, expediente 5670). Esta figura se encuentra regulada en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), que en su artículo 42 consagra:

Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

Una cláusula es abusiva siempre que: (I) haya sido dispuesta solo por una parte, (II) exista desequilibrio excesivo e injustificado entre los derechos y las obligaciones de las partes y (III) vulnere el principio de la buena fe (Zapata et al., 2016, pp. 42-54).

8 Cfr. Stiglitz ha identificado dos clases de concepciones en el tratamiento de las cláusulas abusivas, una amplia, según la cual estas cláusulas pueden darse tanto en los contratos de libre discusión como en los de adhesión; y otra restringida, que limita su presencia a los contratos de adhesión. Stiglitz (1999, pp. 38-40).

9 La diferenciación de estas figuras radica en que el contrato de adhesión puede ser dado en un único contrato y se mira desde el adherente, mientras que las condiciones generales siempre son dadas a una cantidad múltiple de contratos y se mira la posición de la empresa; ambas figuras tienen en común la imposibilidad del adherente de discutir o modificar el contenido de las cláusulas del contrato (Rengifo, 2002, p. 184).

No existe una definición de qué es una práctica abusiva, sin embargo, la Ley 1328 de 2009, en su artículo 12, estableció una serie de conductas que se constituyen como tales:

- a) El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada que acceda a la adquisición de uno o más productos y/o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de alguno de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación.
- b) El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor.
- c) La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero.

Además, la anterior norma en su literal d), concedió la potestad a la Superintendencia Financiera para declarar como abusivas otras prácticas.

El seguro de vida grupo, como se mencionó anteriormente, tiene como tomador a la entidad financiera que otorga el crédito. Al respecto, el artículo 1066 del Código de Comercio establece que es el tomador del seguro el que está obligado al pago de la prima. Sin embargo, en el contrato de seguro de vida grupo, el banco suele trasladar el pago de la prima al asegurado, situación que suscita dudas frente a si esta cláusula deviene o no en abusiva.

Un aspecto relacionado con este tema era lo que se estipulaba en la Circular Externa No. 007 de 1996, Título Sexto de la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera:

El tomador estará obligado a mantener el seguro de vida grupo deudores y a pagar las primas correspondientes, durante la totalidad del período en el cual subsista la deuda, aún en el caso en el cual el deudor se encuentre en mora, incluyendo la duración de los procesos judiciales que se inicien para hacer efectiva la misma.

El Consejo de Estado en sentencia del 5 de marzo de 1999, declaró la nulidad de dicho inciso, debido a que no le es posible a la Superintendencia Financiera apropiarse del ámbito contractual de las entidades financieras con sus clientes, cambiando las cláusulas ya convenidas entre las partes. Al regular la obligación de mantener el seguro y el pago de las primas a la entidad financiera se desconocen los principios constitucionales y legales de autonomía y libertad contractual (Consejo de Estado, expediente 8971).

Dentro del seguro de vida grupo existen diferentes supuestos en los que se pueden presentar prácticas abusivas, sin embargo, dos de estas tienen especial

relevancia y ambas prácticas se encuentran prohibidas en la Circular Externa 039 de 2011, en su numeral 10.3. En primer lugar, se tienen los contratos ilegibles o aquellos difíciles de leer a simple vista, y en segundo lugar, cuando se viola el deber de información al no entregar o no poner a disposición de los consumidores copia de los contratos, ni de los reglamentos de los productos o servicios contratados.

Frente a si deviene o no el traslado del pago de la prima en una cláusula o práctica abusiva, es importante aclarar que hasta el momento no ha existido un pronunciamiento en este sentido por parte de la Superintendencia Financiera (entidad facultada para definir prácticas o cláusulas como abusivas). Al respecto, el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su artículo 120 ha establecido:

En los seguros de vida del deudor, el valor asegurado no excederá el del saldo insoluto del crédito. En todos los casos el deudor deberá recibir un certificado individual y copia de las condiciones del contrato de seguro con la estipulación de la tarifa aplicable. La factura de cobro del crédito presentará por separado y en moneda corriente la liquidación de las primas como obligación independiente de los cobros referentes al crédito de largo plazo.

Lo anterior significa que es posible trasladar el costo del seguro al deudor, siempre y cuando se cumplan unos requisitos, sin embargo existen posturas que critican dicha posibilidad. Sobre este tema los magistrados Ariel Salazar Ramírez y Luis Armando Tolosa en salvamento de voto de la Sentencia SC6709-2015, han argumentado que:

Resulta incomprensible que el deudor tenga que sufragar la prima de un seguro concebido principalmente para resguardar los intereses económicos del banco, lo que demuestra la notoria posición de desventaja y sumisión en que se halla el usuario del sistema financiero.

Respecto a los requisitos anteriormente expuestos, para que una cláusula pueda ser susceptible de control jurisdiccional, podría discutirse si el hecho de que el tomador le traslade el pago de la prima al deudor genera un desequilibrio excesivo e injustificado entre los derechos y las obligaciones de las partes. El interés directo del seguro de vida grupo corresponde al banco. De esta manera se podría generar un desequilibrio en las cargas económicas del contrato, configurándose así una cláusula abusiva; sin embargo, solo aquellos desequilibrios injustificados son los que pueden catalogarse como abusivos.

A pesar de existir un interés indirecto en cabeza del deudor, también es cierto que el banco tiene un interés directo y ostenta una posición dominante, por lo que se debería compartir el pago de la prima o ser asumida en su totalidad por

el interesado directo para responder al principio de la equidad. Partiendo de la conceptualización del contrato de seguro de vida grupo deudores, y los intereses jurídico-económicos de las diferentes partes contratantes -forzado con los elementos deber de información y práctica abusiva-, se abordará el problema jurídico frente a la legitimación de terceros relativos al contrato de seguro para exigir su cumplimiento.

La legitimación de terceros no beneficiarios para exigir el cumplimiento del seguro de vida grupo deudores

Como ya se dijo, las únicas partes en este contrato de seguro son: la aseguradora que asume el riesgo, y la entidad financiera que lo traslada en calidad de tomador. Por otra parte, dependiendo de cómo se haya pactado la suma asegurada, es posible que el beneficiario sea únicamente el banco o que, a su vez, el asegurado, su cónyuge o sus herederos sean también beneficiarios. Es decir, cuando el valor asegurado es únicamente el saldo insoluto de la deuda, tenemos que el beneficiario será únicamente el acreedor del mutuo, en cambio, cuando se pacta el valor asegurado como la suma fija inicialmente adeudada, entonces el asegurado (en caso de invalidez) o sus causahabientes (en caso de muerte), serán beneficiarios del remanente, una vez se le pague al banco el saldo insoluto de la deuda, a menos de que se hayan nombrado beneficiarios diferentes¹⁰.

El primer supuesto, cuando el banco es el único beneficiario, ha despertado álgidas discusiones pues, en principio, será solo el banco el que pueda exigir el pago de la prestación asegurada, al margen de que el incumplimiento de la aseguradora genere un detrimento patrimonial en terceros ajenos al contrato de seguro. La aseguradora les opone a estos la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, ante cualquier reclamación tendiente al cumplimiento del contrato, respaldada en el principio de relatividad, según el cual, solo quienes han celebrado el contrato pueden exigir el cumplimiento del mismo. En otras palabras, el contrato solo le incumbe a los contratantes o, en este caso, al beneficiario, quien por virtud del contrato o la ley puede exigir el pago de la prestación asegurada. Por lo tanto, bajo esta concepción, aquellos interesados asegurados, cónyuges, herederos, o acreedores, que no son beneficiarios, tendrían que soportar un detrimento patrimonial ante el incumplimiento de la aseguradora y, en muchos casos, ante la actitud pasiva de la entidad financiera.

10 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 06379. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros. 29 de agosto de 2000; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 449. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez. 28 de julio de 2005; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 09221. Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda. 16 de mayo de 2011.

Ha sido entonces la relatividad de los contratos¹¹ aquel principio bajo el cual las aseguradoras se escudan para evitar que terceros no beneficiarios demanden el cumplimiento de la póliza, en tanto que es con el fundamento, en este principio que a los asegurados, cónyuges y herederos se les impide reclamar cualquier prestación surgida del contrato de seguro, pues como no fueron parte de dicho negocio este principio sirve de “fuerte cerrojo al contrato para repudiar las miradas de curiosos y extraños” (Corte Suprema de Justicia, Expediente 449).

Es por esto que tanto la jurisprudencia como la doctrina han venido replanteando el principio de relatividad de los contratos. Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de diciembre de 2008, sostiene que el principio de relatividad de los contratos no es absoluto, en tanto que la ejecución o inejecución de un negocio jurídico puede afectar indirectamente otros patrimonios, como es el caso, por ejemplo, del cónyuge sobreviviente o de los herederos del asegurado “quienes en defensa de la sociedad conyugal, de la herencia o del patrimonio social, pueden exigir a la aseguradora que pague lo que debe y a quien corresponde”.

En estos casos, los causahabientes del deudor fallecido no reclaman que se les pague la prestación asegurada para ellos alegando ser partes o beneficiarios del contrato, pues en verdad solo piden que se le pague a quien se le debe pagar, esto es, al banco que funge como único beneficiario del seguro, porque de esta manera los causahabientes no se verán compelidos al pago de una deuda que se entendía cubierta por una póliza de vida, que en la mayoría de los casos el deudor fallecido tuvo que sufragar.

Según Narvárez Bonnet (2013), en estos casos la legitimación del asegurado (en caso de invalidez), o de la viuda y los herederos (en caso de muerte), no proviene de la esfera contractual, sino de la extracontractual, pues ante la falta de cumplimiento por parte de la aseguradora, estas personas pueden sufrir un detrimento económico al verse obligados al pago de la deuda y en este sentido el incumplimiento del seguro proyecta sus efectos por fuera del contrato, el cual termina afectando a dichos terceros no beneficiarios.

En este sentido, a pesar de que la relatividad de los contratos ha sido un principio tradicional del derecho contractual, ha tenido que soportar algunos ajustes y por lo tanto “hay que convenir entonces que no es ya el principio arrollador de otrora” (Corte Suprema de Justicia, expediente 449). Es por esto, que se ha reconocido el interés que tienen el asegurado o sus causahabientes a la hora de exigir el cumplimiento de la aseguradora, más aún cuando en la práctica ocurre que el

11 Ospina Fernández indica que el postulado de la relatividad de los actos jurídicos suele enunciarse bajo la fórmula “los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a terceros” (*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodessse potest*); Sin embargo, aclara que *estos no producen derechos ni obligaciones para las personas enteramente ajenas a su celebración y que, además, no tienen vinculación alguna con las partes, o sean los terceros*” (sic). (Ospina y Ospina, 2000, p. 358).

banco no demanda el cumplimiento de la póliza, ya sea porque cuenta con otras garantías que puede hacer valer, porque prefiere perseguir a otros codeudores, por simple negligencia o “por solidaridad con la aseguradora cuando ambas entidades pertenecen a un mismo grupo económico” (Ramírez, 2015, p. 119).

En otras palabras, la negativa de la aseguradora al banco poco le importa, en tanto no será su patrimonio el que sufrirá un menoscabo, pues además del seguro, por lo general, se pactan otras garantías reales concomitantes al mutuo, como prendas e hipotecas. Entonces, ante la objeción de la aseguradora, el banco preferirá hacer uso de una garantía más eficaz, como lo es por ejemplo, un proceso ejecutivo con garantía real en contra de su deudor, y así evitar un engorroso litigio contra la aseguradora. En consecuencia, será entonces el patrimonio del asegurado o de sus causahabientes el que tendrá que soportar el incumplimiento del asegurador, teniendo en cuenta que la ocurrencia del siniestro hace mucho más difícil el pago de la deuda por parte del asegurado o sus herederos (Abreo et al., 2015, 188).

En estos casos, los asegurados, herederos, cónyuges o acreedores encuentran legitimidad para demandar el cumplimiento del seguro, ya que el desinterés del banco, sumado a la negativa de la aseguradora, generan por reflejo un perjuicio patrimonial en la masa sucesoral, la sociedad conyugal o el patrimonio del deudor. Por lo tanto, aunque solo el banco es beneficiario del seguro, también están indiscutiblemente interesados el asegurado o sus causahabientes, dado que el no pago del seguro les perjudica (Corte Suprema de Justicia, expediente 499).

No obstante, valga recalcar que el asegurado o sus herederos no demandan el cumplimiento del seguro en calidad de beneficiarios, porque no lo son, simplemente exigen que la aseguradora pague lo que debe pagar y a quien debe pagar, es decir, al banco. Más cuando son los bancos los que exigen la suscripción de la póliza e incluso trasladan el pago de la prima al deudor. En este sentido, se reconoce el interés del asegurado y sus causahabientes en general, quienes a pesar de no haber sido partes en el contrato de seguro y carecer de la calidad de beneficiarios, pueden exigir el cumplimiento del mismo, sin que la aseguradora se pueda excusar en la falta de legitimidad. Ante la pasividad del banco se debe entender que no hay más interesados que el asegurado y sus causahabientes (e incluso sus socios o acreedores), pues en ellos, por más terceros que sean, rebotan los efectos de la inejecución del contrato de seguro.

En definitiva, el principio de relatividad de los contratos debe ajustarse a los cambios del derecho contemporáneo, ya que es evidente que los contratos afectan a terceros que no participaron en su celebración o aquellos que no son beneficiarios. Por lo tanto, debemos aceptar la idea de que en la periferia de los contratos existen terceros que se pueden ver perjudicados ante el incumplimiento del mismo.

Respecto a este asunto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en sentencia del 2 de marzo de 2005, que sería impertinente compartir la teoría, según la cual, “el contrato constituye una coraza para quienes lo celebran, quienes jamás podrían ser demandados por extraños que, aunque perjudicados, son ajenos al mismo” (Corte Suprema de Justicia, expediente 8946-01). Y en sentencia del 28 de julio del mismo año, frente a un caso en el que la aseguradora se negaba al pago del saldo insoluto de la deuda y ante la pasividad del banco, la Corte Suprema de Justicia defendió la concepción bajo la cual, a los causahabientes, y en este caso a la viuda, le asiste un interés legítimo frente al cumplimiento del seguro de vida grupo deudores, por lo que “[m]andarle que no despegue sus labios porque no es parte en el seguro, o porque el Banco, que sí es parte, puede obrar a su antojo, resulta una orden desproporcionada e inicua. Oírla, pues, parece lo más sensato y de elemental justicia”.

Por otra parte, a la luz del artículo 1137 del Código de Comercio, según el cual, “[e]n los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere el consentimiento escrito del asegurado”, se ha planteado en la doctrina, que el asegurado actúa “no como tercero frente al convenio, sino como verdadera parte del mismo y por ende legitimado en causa de manera ordinaria” (Abreo et al., 2015, p. 196). En tanto que, siguiendo el artículo 1137, ante la falta de consentimiento por parte del asegurado, el contrato no produce efecto alguno, esto es, se torna ineficaz de pleno derecho y, por lo tanto, es evidente la importancia que significa la participación del asegurado a la hora de perfeccionar este tipo de contratos, pues no solo intervienen tomador y aseguradora, sino que también se necesita la voluntad del asegurado, por consiguiente aquel debe ser considerado como parte (Abreo, et al., 2015, p. 194). Bajo esta concepción, no tendría cabida el principio de la relatividad de los contratos, y no debería prosperar la excepción de falta de legitimación en la causa del asegurado, puesto que este ya no sería concebido como tercero, sino como parte, al igual que sus causahabientes, por ser ellos quienes continúan con el ejercicio de los derechos y obligaciones del deudor fallecido, es decir, continuadores de la personalidad jurídica del asegurado.

Finalmente, valga resaltar que eventualmente podría tener sustento jurídico y prosperar la objeción de la aseguradora que se niega a pagar, sin embargo, lo que se reprocha aquí es el hecho de que al asegurado y a sus causahabientes, se les niegue la posibilidad de acceder a la jurisdicción, mediante la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, al no probar su calidad de beneficiarios, impidiendo de plano el estudio de la situación y el desenvolvimiento de un proceso judicial, donde se deberían escuchar aquellas personas sobre quienes verdaderamente se proyectan los efectos del incumplimiento del contrato seguro de vida grupo deudores.

Conclusiones

1. Si bien el seguro de vida grupo deudores es un contrato meramente potestativo, su uso se ha generalizado particularmente en la toma de créditos con entidades financieras. Teniendo en cuenta que las partes, en sentido estricto, son la aseguradora y la entidad financiera que otorga el crédito, existen medios exigüos para que el asegurado o sus causahabientes puedan exigir el pago de las prestaciones del seguro, haciendo necesario incorporar elementos de la teoría de la conexidad contractual para proteger al asegurado en este tipo de contratos.
2. El mutuuario de un crédito con una entidad financiera, en donde se exige la contratación de un seguro de vida grupo deudores como garantía para el pago, se encuentra en una situación de desventaja ante las dos entidades profesionales con las que está contratando: entidad financiera y aseguradora. La información exigida a estos profesionales, que se caracteriza por una mayor rigurosidad, tiene una doble finalidad: establecer un equilibrio entre las partes, para que se forme un consentimiento pleno y una decisión proporcional en términos económicos, y determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la imprecisión o falta de información.
3. Dentro del seguro de vida grupo deudores existen diferentes tipos de cláusulas y prácticas abusivas en las que puede incurrir una aseguradora. Frente al tema de si es abusiva la cláusula que se pacta entre la entidad financiera y su deudor sobre el pago de la prima, debe establecerse *a posteriori* si ésta genera un desequilibrio en las cargas económicas del contrato. Sin embargo, dicho fenómeno se encuentra justificado por el interés eventual del deudor frente a este seguro, razón por la cual no se constituye como una cláusula abusiva.
4. El principio de la relatividad de los contratos ha tenido que ser replanteado por la jurisprudencia y la doctrina, pues es innegable que el contrato no afecta solo a las partes que intervinieron en su celebración, sino que las consecuencias de la ejecución o inexecución del mismo pueden recaer sobre terceros relativos. Es así como el incumplimiento del contrato seguro de vida grupo deudores perjudica al asegurado y sus causahabientes (terceros no beneficiarios), incluso más que al banco, que siendo parte, actúa como tomador y beneficiario a la vez. Por tal motivo, a partir de la jurisprudencia se ha reconocido el interés que tienen el asegurado y sus causahabientes en dicho contrato, y por lo tanto se les ha permitido exigir el cumplimiento del mismo, no actuando como partes ni beneficiarios, sino como terceros, ya que no deberían soportar un detrimento patrimonial ante el incumplimiento de la aseguradora y la inacción del banco, puesto que, si se impuso la celebración de este contrato de seguro como requisito necesario para el crédito, lo justo será entonces que se cumpla.

Referencias

- Abreo, H., Castellanos D. y Nava, D. (2015) Legitimación en causa del asegurado en el contrato de seguro grupo deudores para reclamar a favor de la entidad financiera que se pague el saldo de la obligación. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 34 (68), pp. 171-198. Recuperado de: <http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=sociojuridico&page=article&op=viewArticle&path%5B%5D=2258>
- Chinchilla, C. A. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado*, 21, pp. 329-330. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2992>
- Congreso de la República de Colombia, DECRETO 410 (1971)
- Gobierno Nacional de Colombia. CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA (CIRCULAR EXTERNA 007 DE 1996). Recuperado de: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/15464>
- Congreso de la República de Colombia. Constitución Política de Colombia. Recuperado de: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Congreso de la República de Colombia, Ley 84 (1873). Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1328 (2009). Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Gobierno Nacional de Colombia. Circular Externa 038 (2011). Recuperado de: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/ConsumidorFinanciero/ce03811.doc>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1480 (2011). Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 663 (1993). Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Cuarta. Expediente: 8971 (1999).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-086 (2012). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-086-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-136 (2013). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-136-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-222 (2014). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-222-14.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-437 (2014). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-437-14.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-227 (2016). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-227-16.htm>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Expediente 06379 (2000).

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Expediente 5670 (2001).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Expediente: 8946-01 (2005).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Expediente 449 (2005).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Expediente: 0145 (2007)
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Expediente: C-1100131030352001- 01021-01 (2008).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Expediente 09221 (2011).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Expediente 76001-31-03-006-1999-00019-01 (2011).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Civil. Sentencia SC6709 (2015).
- Díaz, J. J. (2015) El Interés Asegurable como Elemento Esencial del Contrato de Seguro de Vida. *Revista Íbero-Latinoamericana de Seguros*, 42 (24), pp. 111-164. Recuperado de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/viewFile/13309/13750>
- Herrera, L. (1995), *Diccionario Elemental de Seguros*. Bogotá, Valencia & Iragorri.
- Narváez, J. E. (2013). Legitimación de la Viuda y de los Herederos bajo el Seguro de Vida Grupo Deudores. *Revista Íbero-Latinoamericana de Seguros*, 22 (39), p. 79. Recuperado de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/11478>
- Ossa, E. (1991). *Teoría General del Seguro: El Contrato*. Bogotá, Temis.
- Ospina, G. y Ospina, E. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá, Temis.
- Ramírez, J. F. (2015). Legitimación del cónyuge sobreviviente y de los herederos con ocasión de los contratos de seguros de vida grupo deudores. *Revista Íbero-Latinoamericana de Seguros*, 24 (43), pp. 103-121. Recuperado de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/16057>
- Rengifo, E. (2002). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Saavedra, C. (2012). El deber de información al consumidor financiero: Caso de los deudores de créditos hipotecarios en la crisis del 2008. *Revista e-mercatoria*, 2, pp. 155-156. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3335>
- Stiglitz, R. (1994). *Cláusulas abusivas en el contrato de seguros*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Stiglitz, R. (1999). Contrato de consumo y cláusulas abusivas. *Con-texto*, (4), pp. 38-40. Recuperado de: revistas.uexternado.edu.co > Inicio > Núm. 4 (1999) > Stiglitz

Contrato de seguro de vida grupo deudores:

Vivante, C. (2002). *Derecho Mercantil*. Ciudad de México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal Editorial.

Zapata, J., Londoño, A., Gómez, D., Osorio, F., Ladino, L., Velásquez, S., Maya, S., y Sierra, S. (2016). Sanciones jurídicas a la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en Colombia. *Revista CES Derecho*, 7 (2), pp. 42-54. Recuperado de <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/3901>



Pedagogía crítica y justicia restaurativa: una relación virtuosa para la formación ciudadana*

Giovanni Alberto Zapata Cardona**

Resumen

En la actualidad, desde diversas perspectivas académicas, legales y experiencias pedagógicas *in situ* se encuentran cantidad de esfuerzos hacia el fomento de la escuela como agente político desde el cual pensar y aportar al establecimiento de una cultura de paz. Así, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC) y específicamente el enfoque de la Justicia Restaurativa ha aparecido con un papel protagónico a partir del cual contribuir a materializar dicho fin. De este modo, el presente artículo se ocupa de analizar puntos de encuentro entre este nuevo enfoque de convivencia y la pedagogía crítica con miras a brindar aportes teóricos que permitan legitimar la adopción y el establecimiento de lo que algunos han denominado *cultura restaurativa en la escuela* como abanico de posibilidades para la formación ciudadana.

Palabras clave: justicia restaurativa; pedagogía crítica; formación ciudadana; convivencia; mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Critical pedagogy and restorative justice: a virtuous relationship for citizenship formation

Abstract

At present, from a variety of academic, legal perspectives and pedagogical experiences *in situ*, there is a great deal of effort towards the promotion of the school as a political agent from which to think and contribute to the establishment of a culture of peace. Thus, alternative mechanisms of conflict resolution (AMCR) and specifically the approach of Restorative Justice has appeared with a leading role from which to materialize this goal. In this way, the present article analyzes the points of encounter between this new approach of coexistence and the critical pedagogy with a view to providing theoretical contributions that allow legitimizing the adoption and the establishment of what some have denominated, *restorative culture in the school*, as a range of possibilities for citizenship training.

Keywords: restorative justice; critical pedagogy; citizen education; coexistence; alternative conflict resolution mechanisms.

Pedagogia crítica e justiça restauradora: uma relação virtuosa para a formação cidadã

Resumo

Atualmente desde diversas perspectivas acadêmicas, legais e experiências pedagógicas *in situ* existe uma grande quantidade de esforços para a promoção da escola como agente político desde o qual seja possível pensar e contribuir com o estabelecimento de uma cultura da paz. Assim, os mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARC) e especificamente a abordagem da Justiça Restauradora apareceu com um papel de protagonista a partir do qual é possível contribuir para materializar tal fim. Desse modo, este artigo ocupa-se em analisar pontos de encontro entre esta nova abordagem de convivência e a pedagogia crítica com o objetivo de oferecer uma contribuição teórica que permita legitimar a adoção e o estabelecimento do que alguns denominaram *cultura restauradora na escola* como leque de possibilidades para a formação cidadã.

Palavras-chave: justiça restaurativa; pedagogia crítica; formação cidadã; convivência; mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

* Este artículo se deriva del proyecto de investigación *Justicia Restaurativa en la Escuela: Estado del arte en Colombia*, adscrito al Grupo de investigación Derecho y Sociedad, inscrito al Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– y financiado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. El grupo de investigación está conformado por los abogados, docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Luis Fernando Builes Builes (Investigador principal), Diana María Restrepo Rodríguez, Isabel Puerta Lopera, Claudia Marcela Portacio Mercado, Paola Sampedro y María Isabel Uribe López, el psicólogo, docente de la Fundación Universitaria Luis Amigó y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia: David Ignacio Molina Velásquez, la psicóloga Cindy Vanessa Parra y el licenciado en Ciencias Sociales Giovanni Alberto Zapata Cardona.

** Licenciado en Educación Básica con énfasis en Ciencias Sociales, Universidad de Antioquia, actualmente docente adscrito al Colegio María Reina del Carmelo, Medellín - Colombia. Correo electrónico: giozapacar@gmail.com.

Pedagogía crítica y justicia restaurativa: una relación virtuosa para la formación ciudadana

Introducción

El presente escrito tiene como objetivo brindar elementos que posibiliten establecer una relación entre la propuesta de justicia restaurativa en la escuela y el campo pedagógico, a través del análisis de puntos de encuentro entre este nuevo enfoque de convivencia y la pedagogía crítica, esta última como modelo teórico desde el cual se pueden nutrir conceptualmente las instituciones educativas que desplieguen esfuerzos en asumir sus prácticas de convivencia desde paradigmas alternos al retributivo, que permitan a través de la autonomía, la comunicación asertiva, la consciencia del daño generado, la resolución pacífica de conflictos y la responsabilidad formar ciudadanos que cooperen en el desarrollo de comportamientos solidarios, basados en una identificación plena con la comunidad y el aporte a la paz.

En la introducción, a través de pinceladas, se contextualiza el estado actual de la escuela, la cual para muchos ha relegado su función como espacio político de socialización para fundamentar su práctica en una cuestión de perseguir a toda costa resultados de calidad en pruebas estandarizadas; luego, se encuentra el abordaje de la relación entre ciudadanía, convivencia y justicia restaurativa en perspectiva pedagógica para, finalmente, establecer la relación entre justicia restaurativa y pedagogía crítica en doble vía: como medio y como fin a la luz de pensar la escuela como escenario crítico a partir del cual se cuestionan modelos sociales hegemónicos y se aportan alternativas de transformación colectiva desde la humanización de los procesos pedagógicos.

Otras respuestas a problemáticas educativas complejas

La educación como proceso social responde a un contexto histórico, cultural, espacial, político y económico en el que se desarrolla su función, pues el ideal de

ciudadano a formar ha pasado por una especie de metamorfosis al transcurrir los diferentes momentos históricos y tipos de sociedades según condiciones y necesidades concretas de cada entorno.

Es así como en la actualidad la educación ha sido colonizada por una serie de discursos desde diferentes ámbitos, donde lo económico funge como eje articulador en la medida en que todo el sistema educativo se fundamenta en una lógica de eficiencia, eficacia, calidad y cobertura; donde los objetivos perseguidos son, en todo caso, el logro de estándares de calidad educativa provenientes de entidades supranacionales que dentro de una lógica capitalista intentan regular procesos de tipo social. De este modo la escuela, como agente de socialización, queda relegada a una entidad carente de lo humano, donde lo formativo pierde fuerza y en esa medida problemáticas sociales, a las cuales está llamada a dar solvencia, no logran ni tener reflexión intramuros.

Tal situación reviste una importancia inmensa puesto que permea las prácticas educativas en un ambiente en el que el docente aparece como ejecutor del currículo, donde el transcurrir de las jornadas de trabajo queda limitado al diligenciamiento de formatos que hacen parte de los sistemas de gestión de calidad, momento en el que no hay espacio para la pregunta por el sujeto que se forma y la manera en que se hace, en el que no se escucha a ese otro, al alumno que está ahí urgido de atención.

Es aquí donde surge la pregunta por los procesos de convivencia y, específicamente, por el papel de lo formativo en una estructura reglada (y que parece funcionar como una empresa de producción), donde lo que interesa es vaciar contenidos a los estudiantes y fortalecer sus competencias en términos de pruebas estandarizadas que le permitan a la institución moverse en el ranking de calidad en el cual la convivencia escolar es vista a través de los ojos de la sanción como medio y la disciplina como fin en sí misma, posibilitadora de llevar a buen término esos procesos de instrucción.

Así pues, aunque palabras como participación, democracia, paz, se repiten una y otra vez en casi todos los textos y normativas¹ asociados a la convivencia escolar, las relaciones al interior de las comunidades educativas siguen enmarcadas en la intolerancia, la exclusión, la invisibilización, el autoritarismo y otras formas de violencia legitimadas históricamente como *ethos* de lo escolar. Lo cual queda en evidencia en lo indicado en el informe de investigación:

(...) Esta actitud, reniega de la responsabilidad que tienen los colegios de construir en su interior un espacio de encuentro para resolver de

1 La Constitución Política de 1991, formula principios y objetivos que junto con el espíritu que acompaña a la Ley 115 de 1994 y al Plan Decenal 2016-2026, consolidan la tarea de instituciones educativas como espacios de formación en y para la democracia y convivencia. Lo cual se refuerza con las leyes 1620 de 2013 y 1732 de 2015.

manera amigable y constructiva los conflictos que se derivan de las interacciones que se producen en la comunidad educativa...la realización del derecho a la educación, exige un proceso de interiorización y práctica efectiva, por parte de todos los miembros de la comunidad educativa, de principios fundamentales para la convivencia armónica, tales como la tolerancia, el respeto a la diversidad, el pluralismo y la igualdad en la diferencia.

(...) Los espacios educativos no pueden convertirse en trincheras en donde ningún concepto puede ser refutado o donde las opiniones ajenas no pueden ser escuchadas, ni la diversidad entonces puede proliferar, si se tiene en mente siempre la idea, de que la respuesta está en los procesos punitivos.

(...) En ese sentido, y para concluir, insiste esta Corporación, en que *no es deseable que las diferencias y controversias que surjan dentro del foro educativo como parte del proceso formativo de las personas y de los ciudadanos, terminen siendo resueltas únicamente en instancias penales o procesales*, a pesar de las bondades de estos escenarios jurídicos. *La comunidad colombiana no se construye en los estrados judiciales ni en los medios de comunicación*, y si ello va a ser así, eso sólo demuestra que estamos abocados al fracaso del sistema educativo, en la medida en que ya no existirán espacios de disenso y comunicación, en donde las diferentes ideas puedan ser cuestionadas y deconstruídas para dar nacimiento a otras mejores, y en donde se pueda entre todas las partes, aceptar las diferencias y crear puntos en común para avanzar como sociedad. Lo anterior será claramente más apremiante, en circunstancias que involucren derechos fundamentales de menores de edad y la necesidad de una construcción autónoma y libre de su propia identidad, frente a temas tan importantes para la personalidad de cada ciudadano, así como su orientación sexual e identidad de género." (Todas las cursivas están por fuera del texto). (Sentencia T-478/15, también conocida como *sentencia Urrego*).

Sin embargo, no se pueden negar tampoco los esfuerzos de varias comunidades educativas² que, a través de experiencias significativas con el arte por ejemplo, se han dedicado a cuestionar las bases de ser humano y de proyecto de sociedad sobre las que nos están afirmando la escuela de los estándares y las competencias productivistas, lo cual constituye la materia prima puesto que no cabe duda que las propuestas educativas de este tiempo, deben responder a eso, a deconstruir parámetros a partir de los cuales se erige el sistema educativo, en

2 Instituciones educativas que incluyen en sus manuales de convivencia la justicia restaurativa y están trabajando en ese sentido: en el municipio de Medellín Jesús Amigo y Colegio de la Universidad Pontificia Bolivariana; Municipio de Itagüí: Nepomuceno Cadavid, Marceliana Saldarriaga, Antonio José de Sucre, Avelino Saldarriaga, Normal Superior Pedro Justo Berrío del municipio de Santa Rosa de Osos.

búsqueda de una visión más humanizada de lo educativo, donde el componente de formación integral traspase lo discursivo y se instale en prácticas habituales de escuela y aula, referente a lo cual la pedagogía crítica constituye ese punto neurálgico, teniendo en cuenta que posibilita humanizar los procesos educativos y en esa medida Ramírez (2008) define que:

Humanizar la educación no se reduce a procesos de instrucción, sino que también exige la reflexión, el análisis y el discernimiento de las propias actitudes y valores; reclama la confrontación del propio actuar con el actuar del otro para mejorar, no para censurar, excluir o descalificar. (p. 111).

Así, el estado del arte del cual se deriva el presente artículo, partió, entre otras cosas, de esa necesidad imperiosa, de rescatar el papel formativo de la escuela en pro de la humanización del acto educativo, frente a lo cual postuló la justicia restaurativa como su enfoque posibilitador, encontrando desarrollos en la literatura académica colombiana un poco incipiente, desde donde el equipo se dio a la tarea de formular una serie de elementos teórico-prácticos con el fin último de demostrar las ventajas de dicho enfoque y en esa medida, aportar a la adopción de la Justicia Restaurativa por las comunidades educativas.

Convivencia y ciudadanía: hacia la configuración de un vínculo persistente

La categoría de justicia a lo largo de la historia ha tenido y tiene un lugar central al interior de todas las sociedades, pues ésta, de acuerdo con Van Dun (2001), se ocupa del orden mínimo para la convivencia entre los hombres. De esta manera, al ser referido cotidianamente, dicho término se asocia a la dicotomía entre culpa-castigo, pues al tomar en consideración el sentido común de que *la justicia es darle a cada quien lo que le corresponde*, aparece en escena su carácter punitivo, con una relación directa a la justicia desde su tipología meramente retributiva.

Dicho esto, la noción de justicia en el ámbito escolar funge como un concepto relevante dentro de las lógicas de convivencia, en la medida en que la organización escolar desde sus orígenes ha llevado consigo la impronta del poder disciplinario, desplegado a través de un gran número de dispositivos como la vigilancia, el control de los tiempos y espacios, la evaluación, que han buscado regular y homogenizar las conductas de los individuos dentro y fuera de su espacio, con la sanción como columna vertebral de dicha lógica.

Según Varnham (2005), en lo atinente al tema existen tres preocupaciones relacionadas con los ambientes educativos:

La primera se centra en cómo mantener un contexto educativo seguro y cómo mejorar los comportamientos antisociales de los estudiantes; la segunda alude a las formas en que las escuelas han venido dando respuesta a los conflictos escolares utilizando metodologías como la suspensión y la exclusión; la tercera se centra en el debate sobre cómo desarrollar una educación que forme ciudadanos más responsables y sociedades más democráticas.

Según este mismo autor, un sistema educativo que anime a los estudiantes para que participen en la toma de decisiones y que promueva prácticas restaurativas ofrece una oportunidad para dar una respuesta adecuada a las problemáticas que se generan.

Así pues, hablar de convivencia supone pensar en discursos que actualmente ponen en jaque esa concepción tradicional de escuela, en donde toman protagonismo propuestas sobre la democratización de las relaciones escolares, la construcción de paz y la resolución pacífica de conflictos, preceptos que, sin lugar a dudas, van de la mano a pensar en una formación ciudadana potencializada a partir de espacios de diálogo, reflexión, toma de decisiones y reconocimiento de la diferencia. Ante esto, mecanismos alternativos como la Justicia Restaurativa toman fuerza en la medida en que como afirma Portacio:

(...) la aplicación de la Justicia Restaurativa en la escuela proporciona espacios de confianza y apoyo que empoderan a los miembros de la comunidad educativa, crea vínculos —a través del reconocimiento— que fortalecen las relaciones que se tejen dentro de los establecimientos educativos, lo que genera autonomía y un manejo adecuado de los conflictos para que no escalen en violencias, convirtiéndolos en oportunidades para formar y equipar sujetos con conciencia política que contribuyan a la construcción de democracia (2015, p. 29).

En este sentido, pensar la formación ciudadana implica entender que no solo está destinada a consolidar la democracia como régimen político, sino a potenciar y fortalecer el desarrollo de la democracia como un estilo de vida que favorezca la convivencia en términos de posibilitar el desarrollo de competencias básicas para vivir la asociatividad, para manejar y asumir el conflicto, para lograr adecuados niveles de empoderamiento. Así Quiroz & Mesa, argumentan que:

La escuela es el primer lugar de actuación pública que experimentan los estudiantes, es el lugar donde se establecen numerosas relaciones con los otros, en una dinámica de interacción más o menos permanente, que supera las miradas lineales y los temas de comunicación, con referencia exclusiva a contenidos académicos, para convertirse en un lugar donde se favorecen las condiciones para que los estudiantes se transformen pedagógicamente, con la ayuda de otros, en

un proceso de socialización y en sus relaciones de auto producción y auto organización (2011, p. 4)

Una noción de escuela que ponga en relieve la formación de sujetos políticos en capacidad de establecer canales de comunicación, empatía y asertividad, de construir justicia, al momento de abordar las violencias, de lograr la prevención misma del conflicto, al hacerlo parte inherente del relacionamiento humano y al evitar su escalada, pues no se puede negar el impacto en la escuela, de la problemática en términos sociales de la violencia, como lo indican Herrera y Otros (2005): “Así los jóvenes aprenden a vivir con la violencia, debido a lo prolongado de los conflictos políticos y sociales de las últimas décadas, llevando a que la violencia sea percibida como algo natural...” (p. 232).

Así, para el caso colombiano, encontramos que:

La década de los noventa es un período en el que la figura del ciudadano fue central en la vida política del país y se impulsó en diversos espacios y experiencias de discusión pública. Hubo programas y pedagogías con propósito de formación ciudadana, desde la escuela formal (Ley General de Educación de 1994 y decretos reglamentarios), que plantearon propuestas para convertir la escuela en un escenario de educación para la democracia: con contenidos curriculares formales, como convivencia, resolución de conflictos, cultura de la legalidad, paz; la promoción de procesos participativos; la conformación del gobierno escolar; la elección de personeros y representantes estudiantiles. Escenario denominado democracia escolar cuya intención es preparar a los niños y jóvenes para su participación ciudadana en la vida adulta, recogiendo así lo que la reforma educativa liberal propuso durante la década del treinta (Hurtado & Álvarez, 2006, p. 87).

De este modo se configura una política pública sobre formación ciudadana complementada con la promulgación de los estándares básicos de competencias ciudadanas, la cual ha recibido ciertas críticas por parte de algunos sectores, que coinciden con lo señalado por Pimienta (2008), quien la define como una visión fuertemente normativa en la cual lo ético y lo moral se reduce a la legalidad; No hay un énfasis en la importancia de la real participación, pública, deliberativa y reconstructiva. Frente a esto, señala el autor que es necesario una repolitización de la formación ciudadana como apuesta real por la construcción de ciudadanías críticas que son la base para la transformación social, vinculada con la formación de un ser autónomo, que trabaje cooperativamente por la calidad de vida, lo cual implica “un reconocimiento del otro como el que garantiza mi reconocimiento, la identidad y sociabilidad como una mediación entre lo particular y lo universal y el fomento de la cooperación y la asociación como indispensables para la vida en sociedad” (Pimienta, 2006, p. 9).

Los presupuestos anteriormente explicados, sirven de marco para justificar la propuesta de la inclusión del enfoque de la Justicia Restaurativa junto con los planteamientos de la pedagogía crítica como herramientas de la convivencia y la formación de sujetos éticos que sean capaces de reconocer al otro desde el igual valor de las diferencias, de mirar su rostro y establecer maneras de vivir juntos desde tales diferencias y donde las contradicciones sean oportunidades para dinamizar y transformar positivamente las relaciones sociales.

Justicia restaurativa y pedagogía crítica

Pensar el enfoque de la justicia restaurativa como alternativo a la estructura de verticalidad en el marco de lo punitivo que se establece en las instituciones educativas, se relaciona con la necesidad imperiosa de contar con una pedagogía coherente con visiones integradoras y reflexivas, siendo la base teórica de las múltiples posibilidades de transformación de prácticas históricamente legitimadas. Dicho precepto no es un tema simple si se tiene en cuenta que la escuela constituye un campo de tensión frente a discursos que constantemente ponen en entredicho su labor frente a lo social, o simplemente como se ha venido señalando, se concentran en lógicas eficientistas que dejan de lado la pregunta por la formación de los sujetos a partir de procesos convivenciales.

Sin embargo, es menester articular esfuerzos teórico-metodológicos que tengan como objeto ese cambio de lente del que habla Howard Zehr (2007) y que reiteran Gutiérrez & Otros (2011) cuando señalan que:

...para que la justicia restaurativa tenga cabida en contextos escolares es necesario se produzca un cambio educativo reflejado en el currículo –no solo como una materia más, sino como un elemento transversal a todos los contenidos–, en los manuales de convivencia y en las prácticas cotidianas en el aula. (p. 198).

Lo anterior implica considerar un entramado de pensamientos, representaciones e imaginarios enquistados sobre los modos de concebir la convivencia, la democratización de las relaciones, la reparación, la restauración y el perdón que pueden constituir obstáculos a la hora de llevar a cabo este tipo de propuestas. No obstante, el primer paso es volver la mirada a pensar socialmente la escuela convirtiéndola en instancia proactiva del cambio social a partir de la transformación de sus prácticas y de las relaciones con el otro.

La tarea es transformar, desde adentro, las prácticas institucionales de las escuelas para generar transformaciones hacia afuera; aunque reconocemos los avances de la pedagogía de la convivencia (Aristegui & Otros, 2005), pensamos que el eje articulador entre lo pedagógico y la justicia restaurativa debe partir de la pedagogía crítica.

Pensar la relación entre justicia restaurativa escolar y pedagogía crítica implica retomar esta última, en doble vía, como medio y como fin: como medio, es decir, el solo hecho de implementar un enfoque que concibe la escuela de otro modo en términos de convivencia, ya genera procesos de transformación social; y la relación como fin, se establece bajo las intenciones formativas que subyacen a dicho enfoque, que tendrían repercusiones directas en los modos de ser y actuar al momento de que los estudiantes ejerzan su ciudadanía.

Teniendo en cuenta que las pedagogías críticas suelen ser definidas como “aquellas orientaciones de la educación que hacen referencia a una teoría filosófica cuyo objeto es revisar los postulados que han venido justificando la práctica socioeducativa y habitual de nuestra civilización actual” (Rodríguez, 1997, p. 15), la pedagogía crítica funge como sustento a partir del cual brindar elementos teóricos que puedan articularse, teniendo en cuenta que el vínculo es el carácter social, dado que ambas le asignan un carácter central tanto al ser humano como a sus relaciones sociales pues la justicia restaurativa parte de:

(...) un proceso que involucra a las principales partes interesadas para determinar cuál es la mejor manera de reparar el daño causado por una ofensa. Las tres principales partes interesadas en la justicia restaurativa son las víctimas, los agresores y sus comunidades afectivas, cuyas necesidades son, respectivamente, obtener reparación, asumir la responsabilidad y lograr la reconciliación (Wachtel, 2013, p. 4).

Con lo anterior, cabe resaltar aquí aportes como el de Adela Cortina (2001) quien aboga por una formación ciudadana bajo la modalidad de una ética de la convivencia expresada como un acercamiento entre una moral dialógica y una educación democrática, concebida desde la tradición crítica.

Una tradición crítica que implica el reemplazo de una educación hecha para no pensar, que contribuye a la conformación de una sociedad individualista, por una educación humanizadora, contextualizada, “que se preocupe en la transformación social y el bien común, comprometida con el entorno, sin indiferencia y con acción, voluntad y esperanza” (García, Ossa y Duarte, 2010). Así,

La pedagogía crítica también se asume como parte de un proyecto ético y político en el cual la acción pedagógica se propone como relación con el otro (alteridad) y se basa en la responsabilidad y en el recogimiento del otro (hospitalidad). La pedagogía crítica para estos tiempos requiere producir la comprensión del otro, de acuerdo con Bárcena (2005), desde prácticas reflexivas, hermenéuticas y de compromiso; en ese sentido, la pedagogía introduce el cuidado formativo del otro (Ortega, 2009, p.28).

Se profundiza un poco más en la relación teórica que se puede establecer entre un paradigma crítico, que pretende redefinir lo educativo en pro de una educación enmarcada desde la libertad, la humanización y la democracia; y un enfoque alternativo para pensar la convivencia escolar en beneficio de una formación integral desde el reconocimiento del otro, la negociación, la restauración y la reconciliación.

En este sentido –los puntos de encuentro en el marco de lo señalado por Ramírez (2008)–, podemos afirmar que entre los supuestos que engloba el paradigma de la pedagogía crítica pueden indicarse los siguientes: la participación social, la comunicación horizontal entre los diferentes actores que integran los estamentos, la humanización de los procesos educativos, la contextualización del proceso educativo y la transformación de la realidad social. De este modo surgen los siguientes marcos valorativos que dan claves para entender la articulación entre un enfoque y otro:

1. La participación presupone la consciencia que adquieren los sujetos con respecto a la responsabilidad de intervenir en el desarrollo de su contexto, asumiendo desde perspectivas democráticas el abordaje positivo de problemáticas. En el marco convivencial desde un enfoque restaurativo, la participación parte de la premisa de considerar que una ofensa afecta un tejido social, por lo cual para su resolución y restauración debe contar con intervención de la comunidad. Frente a lo cual Bocanegra y Tovar anotan que:

La participación en estos programas es voluntaria, sirven para que cada uno describa la historia de lo sucedido desde su propia perspectiva, sobre los temas que les preocupan en relación con estas narrativas, se expresan emociones, valoradas como un elemento importante, el propósito es que las partes desarrollen una comprensión de lo sucedido, de las partes involucradas, del daño ocasionado, y de los pasos necesarios para que las cosas queden bien. Puede incluso darse un cierto grado de empatía entre las partes y aunque no se logre, la reunión puede terminar en un acuerdo que no podrá volver las cosas a su estado inicial pero podrá ser encarada la reparación (2008, p. 56).

Lo cual se ve sustentado también por lo señalado por Zehr, quien plantea que:

Los miembros de la comunidad también tienen necesidades como consecuencia del crimen y tiene roles específicos que asumir. ...cuando el estado actúa a nombre nuestro, debilita nuestro sentido de comunidad. Las comunidades sufren el impacto del crimen y, en muchos casos, deberían ser consideradas como partes interesadas en su calidad de víctimas secundarias. Los miembros de la comunidad tienen roles importantes que desempeñar y también es posible que tengan responsabilidades que asumir ante las víctimas, los ofensores e incluso ante sí mismos. Cuando una comunidad se ve involucrada en un caso, puede iniciar un foro para tratar estos asuntos, al tiempo que se fortalece la propia comunidad (...) (2007, p. 24)

2. La comunicación horizontal pretende articular de manera democrática las posturas de los sujetos que intervienen en un contexto determinado. En esencia, la comunicación es poner en común unos signos que suscriben unas intenciones compartidas por quienes intervienen en un acto discursivo; es reconocerse éticamente y mutuamente en el discurso, sin que ello implique ausencia de diferencias (Prieto, 2004). Así desde la justicia consensual, el reconocimiento del sujeto con la otredad implica una relación que trascienda a la verticalidad y se instale desde la comunicación asertiva, el respeto, la escucha, la negociación y la autonomía.

De este modo, las narrativas de los involucrados se convierten en una posibilidad de que la palabra transforme, de que el lenguaje sea capaz de decir acerca de las emociones y sentimientos que se experimentan en el encuentro restaurativo, de que los sujetos participantes experimenten la compasión, entendida como la capacidad de conmoverse ante el dolor, ante el sufrimiento del otro, de que las estéticas relacionales cambien y los participantes puedan lograr respeto entre ellos. La comunicación horizontal genera confianza, redistribuye el poder, anima a las voces hasta ahora silenciadas y permite poner en palabras todo aquello que daña y destruye, para eliminar el ánimo retaliatorio y buscar, en conjunto, oportunidades de cambio.

3. La humanización de los procesos educativos refiere además de poner atención a habilidades de tipo cognitivo, sugiere establecer especial atención al aparato sensorial, con el objeto de aportar al mundo de los sentimientos; creando escenarios en los que el ideal es que los sujetos se autogobierren. Aquí entra en juego la esencia misma de la justicia co-construida, es decir, la apertura de un sistema de justicia mediante el cual los actores involucrados en el conflicto encuentren que no es el proceso disciplinario la única salida, y en esa medida tengan las herramientas necesarias y estén en la capacidad de buscar salidas negociadas, lo cual garantiza que los acuerdos sean más legítimos pues “el lazo social se hace más fuerte porque habrá confianza ante el surgimiento de nuevos conflictos entre las mismas partes, se habrá allanado el camino para intentar negociar de nuevo porque ha habido reconocimiento y respeto entre ellos” (Puerta, 2010, p. 4).

En los encuentros restaurativos emerge la conciencia del daño producido al otro y a manera de luz que se expande, se ilumina el reino de las emociones y sentimientos, que confluyen y se expresan de diversas formas, haciendo que las cosas nunca vuelvan a ser lo que eran antes de ingresar a este espacio. Hay desahogo, rabia, impotencia, temores, apertura, comprensión, toda una complejidad que se va desatando a medida que la razón va teniendo un lugar y va permitiendo la búsqueda de salidas consensuadas.

4. La contextualización del proceso educativo se revierte en la posibilidad de educar para la vida en comunidad. En este aspecto, el enfoque restaurativo tiene

implicaciones directas en el modo en que los sujetos se empoderan a través de las problemáticas en las que se hallan inmersos, pues en el acuerdo final, debe decirse de qué manera se logrará reconstruir su tejido social; algunas experiencias internacionales acuden a experiencias de esta clase de justicia orientada a erradicar el vandalismo de las escuelas; la violencia o racismo de un barrio (Larrauri, 2004, p. 67).

5. La transformación de la realidad social se convierte en proceso y resultado de los anteriores acontecimientos. Una transformación desde adentro, pues la manifestación de la justicia restaurativa modifica la función disciplinaria de la institución escolar, emergiendo nuevos escenarios en el que “la participación de sus miembros, la solidaridad, el reconocimiento del otro, la corresponsabilidad frente a la reparación del daño, y la reconstrucción del tejido social, transforma los ambientes, fortalece las relaciones, y mejora el vivir juntos” (Portacio, 2015, p. 29). Una transformación como fin, puesto que implica entender la educación como acontecimiento político, con efectos en un marco social amplio, más allá de sus muros y se instala en comunidades. Sumado lo que afirman Builes y Otros (2015) al señalar que se da una transformación de la cultura escolar, puesto que “muestra a las instituciones educativas como lugares de acogida desde donde se tienen en cuenta la incompletud, la imperfección, la fragilidad y la vulnerabilidad de ser humano y se le acompaña desde la empatía y la solidaridad (p. 102-103).

Con lo anterior podemos evidenciar que concebir la práctica pedagógica desde lo crítico permite específicamente promover la participación, el reconocimiento de la alteridad y espacios donde se apuesta por el beneficio colectivo; postulados que en la misma medida acoge el paradigma restaurativo, el cual basta solo con analizarlo desde el marco del encuentro entre la víctima y el ofensor, como acto que tiene un efecto sanador y de reconocimiento del otro. Desde esta perspectiva, es definir entonces la educación como acontecimiento ético, basada en un entrecruce de subjetividades, donde a partir de relaciones, de encuentros y desencuentros por medio de la palabra, reconozcamos el otro de la pedagogía, el cual puede ser definido como:

los otros, las otras; aquellas alumnas y alumnos, que desde sus modos de estar en el mundo la cuestionan, porque hacen tambalear sus principios con su sola presencia en las aulas (...) acoger la diferencia en mí, mi diferencia y la del otro, las otras y los otros, supone partir de un cierto extrañamiento, de una cierta distancia, a menudo vivida como dolorosa, en la relación con el otro (...) saber que debo entrar en relación con él, debo hablarle, debo escucharle y aceptar su palabra como otra, así le amo. Porque ciertamente si el otro no estuviera ahí no habría palabra, no habría relación, no habría vida humana (Skliar & Larrosa, 2009, pp. 47-49).

En suma, se pretende concebir el discurso y la práctica pedagógica desde caminos de posibilidad donde se dinamicen procesos educativos en función de comprender y transformar sentidos sociales, en este caso desde la convivencia, donde prime el valor por el otro, visto desde lo afectivo y lo sensible, en “tiempos de incertidumbre y desasosiego para poder resistir tanta desesperanza junta y construir un “nosotros” desde actuaciones solidarias, receptivas y acogedoras” (Ortega, 2009, p. 8). Dotando al individuo de la autonomía suficiente para que pueda razonar y decidir con toda libertad.

Consideraciones finales

Definimos la pedagogía crítica como base ideológica que bebe de las propuestas de Freire: Pedagogía del oprimido, Pedagogía de la autonomía, Pedagogía de la esperanza, Pedagogía en la ciudad, Pedagogía de la indignación de la educación la cual asume; además, que el quehacer educativo debe estar basado en la participación social, la comunicación horizontal entre los diferentes actores, la significación de los imaginarios simbólicos, la humanización de los procesos educativos, la contextualización del proceso educativo y la transformación de la realidad social.

Por su parte, la justicia restaurativa como método alternativo de resolución de conflictos el cual, a través de sus prácticas y procesos, utiliza metodologías vinculadas a generar espacios de diálogo, negociación, respeto, reconocimiento, dándole protagonismo a la víctima y a la comunidad, en pro de generar procesos de reparación y restauración que le posibiliten al ofensor asumir la responsabilidad desde una postura ético-política.

Gracias al rastreo de las experiencias de justicia restaurativa en la escuela, se hace visible la necesidad actual de preparar al instituto para la implementación de prácticas restaurativas, pero dicha preparación hace referencia más que a normas jurídicas y manuales o pactos de convivencia, a la formación de ciudadanía consciente y crítica frente a este proceso. Se necesita un trabajo en el que se promueva el sentido de pertenencia de toda la comunidad educativa, se propicie la reflexión sobre los conflictos y violencias en la escuela y se generen espacios que le permitan a los sujetos concebirse como grupo, para que dicho proceso de identificación con el otro les permita sentirse parte de, con responsabilidades y derechos y comprometerse a realizar procesos restaurativos transformadores por convicción. Dicha reflexión acerca de los conflictos y violencias en la escuela facilita el proceso de diferenciación e intervención, generar espacios de reflexión sobre la justicia restaurativa como una solución a dichos conflictos y violencias propicia la apropiación de una idea de justicia menos punitiva y más cercana al logro de una escuela democrática.

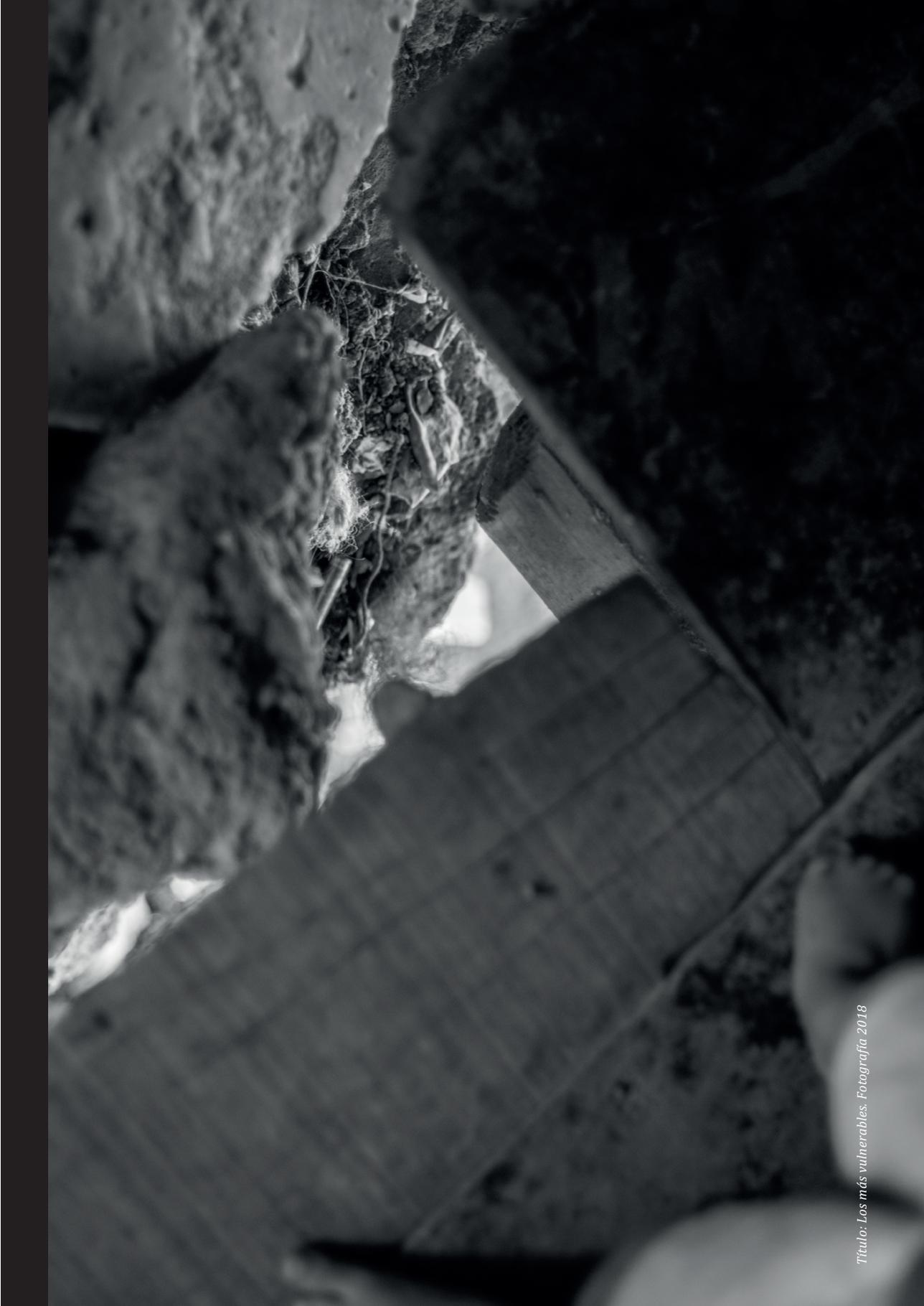
Es necesario que el maestro recupere su lugar como maestro, lo que implica hacerse consciente de su tarea formativa. Bajo la perspectiva de Freire todo acto educativo es un acto político asumiendo lo político como una toma de decisión y participación ante las dinámicas sociales, realizando un reconocimiento al carácter político del hombre que vive en comunidad, que elige, que tiene la oportunidad de optar y que esta oportunidad fortalece la formación para la construcción de ciudadanos autónomos, responsables y críticos.

La articulación de estos dos enfoques, tomada desde una relación de medio a fin, conlleva a pensar una escuela que trascienda las lógicas instruccionales y se instale como espacio político que contribuya a escenarios de posconflicto, donde la transformación social radique en el fomento de lo humano desde la ética de la alteridad, que asume al otro como un legítimo otro en la convivencia, horizonte formativo de la escuela como espacio de relaciones de carácter pedagógico.

Referencias

- Arístegui, R; Bazán, D; Leiva, J; López, R; Muñoz, B. & Ruz, J. (2005). Hacia una Pedagogía de la Convivencia. En: *Psique*, vol. 14, núm. 1, pp. 137-150 Pontificia Universidad Católica de Chile Santiago, Chile.
- Bárcena, F. (2005). La experiencia reflexiva en educación. Barcelona: Papeles de Pedagogía, Paidós.
- Bocanegra, L. & Tovar, R. (2008): Resolución de conflictos en la escuela a partir de los principios de la justicia restaurativa. Tesis concluida Psicología. Universidad Santo Tomás Bogotá.
- Builes, L. F., Puerta, I., & Sepúlveda, M. (2015). Convivir pazcíficamente, oportunidades que ofrece la ley 1620. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Cortina, A. (2001). Ética aplicada y democracia radical. Madrid: Tecnos.
- Freire, P. (1994). Cartas a quien pretende enseñar, México, Siglo XXI Editores.
- García, J; Ossa, A; & Duarte, F. (2010). Educar: Combatir el miedo estructural de la sociedad actual. En: *Uni-pluri/versidad*, Vol. 10, N° 1, pp. 97-108. Medellín: Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia.
- Gutiérrez, C. & Otros. (2011). Resolución de conflictos en la escuela a partir de los principios de la justicia restaurativa. En: *Hallazgos Revista de investigaciones*, N° 16, Vol. 08, Julio-Diciembre.
- Herrera, M., Pinilla, A., Díaz, C., & Infante, R. (2005). La construcción de cultura política en Colombia: proyectos hegemónicos y resistencias culturales. (L. E. Vázquez Salamanca, Ed.) (Primero). Bogotá, D.C.: Domardhi Ltda.

- Hurtado, D. & Álvarez, D. (2006). La formación de ciudadanías en contextos conflictivos *Estudios Políticos*, núm. 29, julio-diciembre, pp. 80-96.
- Larrauri, E. (2004). Tendencias actuales de la Justicia restauradora. *Estudios de Derecho*. V. 61, Núm 163, pp. 55-58.
- Ortega, P. (2009). La Pedagogía Crítica: Reflexiones en torno a sus prácticas y sus desafíos. En: *Pedagogía y Saberes*. Núm.31.
- Pimienta, A. (2008). Formación de ciudadanía en Colombia, Hacia una necesaria re-politización. *Uni-pluri/versidad*, 8, 1-10.
- Portacio, C. (2015). La Justicia Restaurativa como modelo posibilitador del fortalecimiento de la convivencia, la formación de ciudadanía y la construcción de democracia en la escuela. Programa de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.
- Puerta, I. (2010). Justicia escolar. En: Memorias Seminario Educación y Cultura Política, Universidad de Antioquia, Facultad de Educación. Medellín, litoimpresos y servicios Ltda.
- Quiroz, R. & Mesa, A. (2011). Currículo crítico en la formación ciudadana. En: *Educere*, vol. 15, núm. 52, septiembre-diciembre, pp. 621-628 Universidad de los Andes Mérida, Venezuela.
- Ramírez, R. (2008). La pedagogía crítica. Una manera ética de generar procesos educativos. En: *Revista Folios*, Núm. 28, julio-diciembre, pp. 108-119 Universidad Pedagógica Nacional Bogotá, Colombia.
- Rodríguez, M. (1997). Hacia una didáctica crítica. Editorial La Muralla, Madrid.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-478 (2015)
- Skliar, C. & Larrosa, J. (2009). Experiencia y alteridad en educación. Santa Fe: Homo Sapiens Ediciones.
- Van Dun, F. (2001). The lawful and the legal. En *F. Van Dun. Philosophy of law* (pp. 23-45). Amsterdam: University Note Class.
- Varnham, S. (2005) Ver las cosas de manera diferente: la justicia restaurativa y la disciplina escolar. En: *Educación y la Ley*, vol. 17, No. 3, septiembre, pp. 87-104
- Wachtel, T. (2013). Definiendo Qué es Restaurativo. Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas. Estados Unidos.
- Zehr, H. (2007). El pequeño libro de la justicia restaurativa. Good Books. United States of America.



Línea jurisprudencial de la democracia deliberativa en la Corte Constitucional colombiana*

Gerardo Antonio Durango Álvarez**

Mayda Soraya Marín Galeano***

José Fernando Valencia Grajales***

Resumen

El presente artículo aborda la línea jurisprudencial, referente a la democracia deliberativa, desarrollada por la Corte Constitucional desde la creación de la Constitución de 1991 a la fecha. Dicho texto, en primer lugar, realiza una breve introducción y conceptualización sobre la democracia deliberativa, en segundo lugar, sigue un recorrido histórico por cada una de las sentencias que abordan el tema de la deliberación en la Corte Constitucional. Como tercero, se analizó qué tan deliberativos son los debates respecto a la producción de las normas en el Congreso colombiano, esto es, si dicho cuerpo legislativo sigue el modelo de la democracia deliberativa, respecto a la inclusión de los mecanismos de participación ciudadana en las normas que los afectan directamente. Finalmente se intentan unas conclusiones generales sobre la importancia de la democracia deliberativa en el contexto colombiano.

Palabras clave: democracia deliberativa; línea jurisprudencial; publicidad; identidad y consecutividad; debate; argumentación; inclusión.

Jurisprudential line of deliberative democracy in the Colombian Constitutional Court

Abstract

This article is about the jurisprudential line, referring to deliberative democracy, developed by the Constitutional Court since the creation of the 1991 Constitution to date. This text, first makes a brief introduction and conceptualization on deliberative democracy, second, it follows a historical journey through each of the sentences that address the issue of deliberation in the Constitutional Court, third, it was analyzed how deliberative are the debates regarding the production of the norms in the Colombian Congress, in other words, if said legislative body follows the model of deliberative democracy, with respect to the inclusion of citizen participation mechanisms in the norms that affect them directly, and finally, general conclusions about the importance of deliberative democracy in the Colombian context are attempted.

Keywords: deliberative democracy; jurisprudential line; publicity; identity and consecutiveness; debate; argumentation; inclusion.

Linha jurisprudencial da democracia deliberativa na Corte Constitucional colombiana

Resumo

Este artigo aborda a linha jurisprudencial, referente à democracia deliberativa, desenvolvida pela Corte Constitucional desde a criação da Constituição de 1991 até hoje. Tal texto, em primeiro lugar faz uma breve introdução e conceitualização sobre a democracia deliberativa, em segundo lugar faz um percurso histórico por cada uma das sentenças que abordam o assunto da deliberação na Corte Constitucional, em terceiro lugar, analisou-se quais deliberativos são os debates a respeito da produção das normas no Congresso colombiano, isto é, se tal corpo legislativo segue o modelo da democracia deliberativa, no que diz respeito à inclusão dos mecanismos de participação cidadã nas normas que os afetam diretamente, e finalmente propõem-se umas conclusões gerais sobre a importância da democracia deliberativa no contexto colombiano.

Palavras-chave: democracia deliberativa; linha jurisprudencial; publicidade; identidade e consecutividade; debate; argumentação; inclusão.

* Este artículo es producto de la investigación denominada: Democracia deliberativa, retos y perspectivas, financiada por la Dime, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. La cual fue dirigida por el Ph.D Gerardo Antonio Durango Álvarez y contó con la participación de los auxiliares de investigación, Camilo Grajales, Silvia Ortiz, Juan David Uribe y Armando Ramírez Gómez, dicha investigación arrojó como resultado de investigación el libro: *La participación política como derecho fundamental: análisis desde la democracia deliberativa*, de los autores Durango, Gerardo; Valencia Grajales, José Fernando y Marín Galeano, Mayda Soraya. Editorial DíkÉ - Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, Facultad de Ciencias Humanas y Económicas, 2013. Este artículo actualiza la línea jurisprudencial sobre la democracia deliberativa, por ende, retoma algunas ideas generales del texto

** Profesor titular e investigador en dedicación Exclusiva de la Universidad Nacional de Colombia, Abogado, Doctor en Derecho y magister en Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid. España. Director del Grupo de investigación: Derechos Fundamentales y Teoría Política. Pasante de investigación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Correo electrónico: gadurango@unal.edu.co.

*** Abogada de la Universidad de Antioquia, socióloga de la Universidad de Antioquia, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Doctora en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, miembro del Grupo de investigación: Derechos Fundamentales y Teoría Política. Correo electrónico: maydasoraya@gmail.com.

**** Docente investigador Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAUULA). Abogado Universidad de Antioquia, Politólogo Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, Especialista en Cultura Política: Pedagogía de los Derechos Humanos, Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAUULA), Magíster en Estudios Urbanos Regionales de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, estudiante del doctorado en conocimiento y cultura en América Latina Ipeca (Instituto Pensamiento y Cultura en América Latina, A.C.), Miembro del Grupo de investigación: Derechos Fundamentales y Teoría Política, Editor de la revista Kivilando y Ratio Juris. Correo electrónico: editor.ratiojuris@unaula.edu.co

Línea jurisprudencial de la democracia deliberativa en la Corte Constitucional colombiana

Introducción

La democracia deliberativa en Colombia encuentra su fundamento normativo en la Constitución de 1991, en concreto en los artículos: 2, 79, 145, 149, 163 y 241. Allí se introducen categorías conceptuales tales como: “participar en las decisiones que los afectan”, “deliberar los proyectos de ley”, “publicidad y deliberación de los proyectos” y “demandas de inconstitucionalidad que promuevan ciudadanos”, entre otras. Esta normativa constitucional se complementa con los artículos 30, 32, 34, 59, 73, 74, 79, 88, 94, 185 y 252 de la Ley 5 de 1992 –Ley reglamentaria del Congreso–; que igualmente, retoma conceptos relacionados con la democracia deliberativa, tales como “debate”, “publicidad” y “deliberación”.

Es decir, la democracia colombiana no solo es participativa y pluralista, sino que se inscribe en un modelo deliberativo. Ahora bien, desde el punto de vista conceptual e investigativo, la democracia deliberativa no ha tenido un desarrollo jurisprudencial ni mucho menos legislativo robusto en Colombia, a pesar de que la misma Constitución establece un marco jurídico, democrático y participativo –Constitución Política, 1991, art. 2–. Ello puede corroborarse, con la consolidación de una rica jurisprudencia respecto a la garantía de derechos fundamentales que protegen, por ejemplo, la salud¹, desplazados², grupos vulnerables como los LGTBI³, entre otros, pero se adolece de una jurisprudencia amplia respecto a la consolidación de una democracia deliberativa que permita la inclusión activa y real de la deliberación en la conformación, producción y desarrollo de las leyes, así como en las sentencias relativas a la promoción y garantía de derechos fundamentales políticos (Durango, Marín & Valencia, 2013).

1 Ver sentencia T-760 de 2008.

2 Ver entre otras la Sentencia T-025 de 2004.

3 Ver sentencias T-097/94 y T-594/93

En este aspecto, la presente investigación realizó un análisis jurisprudencial sobre la manera como la Corte Constitucional y el Congreso Colombiano han incorporado la categoría de democracia deliberativa, en sus fundamentos normativos y en sus decisiones tomadas. Para ello se partió de tres objetivos generales tales como:

1. Analizar la línea jurisprudencial que ha configurado la Corte Constitucional Colombiana sobre la democracia deliberativa
2. Realizar un análisis comparado entre las sentencias de corte deliberativo adoptadas por la Corte Constitucional y su fundamento normativo y conceptual sobre la democracia deliberativa.
3. Analizar los conceptos y categorías de la democracia deliberativa aplicados por el Congreso Colombiano en la producción de normas.

Con ello se pretende responder a la pregunta epistémica de ¿cuál es la relevancia jurisprudencial de la democracia deliberativa en los debates del Congreso y su incidencia en la garantía del derecho fundamental a la participación política?

1. La democracia deliberativa como categoría conceptual

La democracia deliberativa, en el contexto de la presente investigación, está referida a dos temáticas específicas: la primera, a la exigencia constitucional de permitir la participación activa, libre e imparcial de los posible afectados o beneficiados por las normas, ejemplo, que todos los afectados por la extracción minero –aurífera o de hidrocarburos, por mencionar solo dos casos–, tengan opciones reales y eficaces de participar en el modelo de desarrollo extractivo de su municipio, tal como se viene dando con las consultas populares respecto a este tema⁴. La segunda temática, está referida a evidenciar qué tan deliberativo es el Congreso colombiano en la producción de las leyes, en tanto espacio de deliberación por excelencia.

En este contexto, la fundamentación de la democracia deliberativa, ha sido desarrollada con todos sus matices por autores como Joseph M. Bessette (1980) –a quien se le atribuye el hecho de haber acuñado el concepto de “Deliberative Democracy”–, Bohman, & Rehg, (1987⁵), Nino, (1997), Rawls,

4 Dice la nota periodística del Espectador (12-04-2018) que: “hasta el momento se han hecho nueve consultas sobre minería e hidrocarburos en Piedras y Cajamarca (Tolima), Tauramena (Casanare), Cabrera y Arbeláez (Cundinamarca), Cumaral (Meta), Pijao (Santander), Sucre y Jesús María (Sucre). Actualmente, hay seis suspendidas y 54 en marcha. En Antioquia, que tiene 120 municipios mineros, se ha hecho una consulta y otra está en trámite. Y en Casanare, donde hay 12 municipios con explotación de hidrocarburos, se ha hecho una consulta y hay siete en marcha”. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/consultas-y-mineria-en-manos-de-la-corte-constitucional-articulo-749510>

5 En este texto participaron autores como Thomas Christiano, Joshua Cohen, Jon Elster, David Estlund, Gerald F. Gaus, Jürgen Habermas, James Johnson, Jack Knight, Frank I. Michelman, John Rawls, Henry S. Richardson e Iris Marion Young.

(1998); Habermas (1998), Durango, Marín & Valencia, (2013); Sustain, (2003), Elster, (2011), Durango, (2006), entre otros autores.

La democracia deliberativa, propone la necesidad de un mayor debate público en aquellos temas más relevantes para la comunidad; el respeto a las minorías políticas, la inclusión pública de aquellos derechos fundamentales de grupos sociales desaventajados y toma de decisiones conjuntas y no sólo del legislador o de quien ostente el poder. El legislador, al momento de crear normas debe incluir la deliberación como eje fundamental en la producción de normas imparciales en su producción, es decir, debe debatir, argumentar, deliberar y votar, en cada caso, las normas de forma adecuada, cumpliendo las formas exigidas por la constitución y el reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992), no solo porque es su forma legítima su actuar, sino porque habría menos posibilidades del control contra mayoritario.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha contribuido a la conformación y obligatoriedad de la línea jurisprudencial respecto al debate, la deliberación y la participación ciudadana en la toma de decisiones, aún falta mucho compromiso por parte del legislador al momento de producción de las normas, pues las acciones estratégicas –en términos *habermasianos*–, se imponen sobre las acciones comunicativas en cuanto el legislador incumple continuamente –tal como se expone en este trabajo–, los debates necesarios para la aprobación de una ley, la publicidad de los proyectos, la participación de las minorías, de la participación a la oposición, entre otros defectos sustanciales y procedimentales. (Durango, 2006)

2. Configuración y desarrollo de la línea jurisprudencial⁶ sobre la democracia deliberativa

Dentro de la presente investigación, relativa a la democracia deliberativa, se identificó la sentencia C-013/93 como sentencia hito. En dicho fallo se analiza y evidencia, que el concepto de deliberación –sólo se menciona una vez la palabra deliberación–, estaba referido a “discusión”, “debate” o “pupitrazo”. Así, por ejemplo, para la Corte, en esta sentencia, la deliberación no es necesaria y basta con “la votación” a “pupitrazo”, en tanto este procedimiento es autorizado por el Reglamento del Congreso para la adopción de proyectos de ley”. Seguidamente ex-

6 La construcción de línea jurisprudencial, como forma de investigación socio-jurídica, retoma del trabajo realizada por Diego López Medina, (2002), el cual permite construir, establecer, decantar e identificar aquellas sentencias más representativas sobre la democracia deliberativa, desde lo que este autor denomina como sentencia hito, fundadora de línea y configurara de línea. Este método permite la reconstrucción de las sentencias desde las más recientes hasta las más antiguas y de las remisiones que dentro de cada sentencia se pueden encontrar en razón al número de citaciones. La presente línea sobre la democracia deliberativa retoma estos instrumentos. En este sentido, se abordaron más de 70 sentencias, de las que luego de su análisis, se identificaron y seleccionaron un poco más de 30 sentencias que sirven al objetivo de esta investigación.

pone la Corte que: “según el artículo 129 del Reglamento del Congreso la votación se puede realizar” dando los Senadores, con la mano, un golpe sobre el pupitre. El Secretario informará en alta voz el resultado de la votación, según el concepto que se forme; y si nadie pidiera en el acto la verificación, se tendrá por exacto el informe” (Sentencia C- 013 de 1993).

Como se evidencia, dicha sentencia no retomó la importancia de la deliberación en el procedimiento de creación de las leyes, situación que envió un mensaje al legislador, en el entendido que para la aprobación y debate de las leyes basta la “negociación entre los partidos”, terminando con la votación. Este enorme boquete, dejó sin fundamento la posibilidad de someter la aprobación de las normas al procedimiento deliberativo, a la participación activa de las minorías y al debido procedimiento de realizar un debate o argumentación al interior del Congreso. Ello tal vez se debió a que la Corte solo se limitó a retomar mecanismos formales de la democracia, establecidos en los artículos 81 de la Constitución de 1886, y en los artículos 135, 157 y 167 de la Constitución de 1991, desconociendo la dimensión sustancial de la democracia.

Así, se itera, en esta sentencia la Corte Constitucional se limitó sólo a realizar una escueta definición del término “debate”, entendido éste como “controversia sobre una cosa entre dos o más personas o como contienda, lucha o combate”. Igualmente, sobre el término “discusión”, la Corte se limitó a entenderlo como “acción y efecto de discutir” (Corte Constitucional, C-013/93).

Ahora bien, la Corte constitucional, al fallar un tema tan importante, echa mano del artículo anticuado art. 28 del código civil⁷, es decir, no realiza una fundamentación teórica sólida que le permita generar espacios de deliberación, teóricos o conceptuales, tendientes a construir un referente esencial sobre democracia deliberativa y su importancia en la producción de las normas en el Congreso colombiano. Por tanto, la Corte Constitucional en esta sentencia, al igual que el Congreso, considera que la producción de normas es un trámite formal que no necesita la deliberación, la búsqueda del consenso participativo o el debate respetuoso de argumentos y contra-argumentos en la elaboración de las normas. El cambio jurisprudencial respecto a la importancia de la deliberación y argumentación de las leyes sólo se dará en la sentencia C-222 de 1997, tal y como se analiza en este trabajo.

Seguidamente, se identifica la sentencia C-089/94, la cual viene a ser una sentencia consolidadora de línea (López, 2002). En esta sentencia, se realiza un control constitucional del proyecto de Ley Estatutaria N° 11 de 1992 Cámara, y

7 El texto utilizado por la Corte es del Código Civil, quien en su Art. 28 señala: significado de las palabras. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

348 de 1993 Senado, relativa al “Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos” (C-089-1994). En la sentencia en cita, la Corte constitucional estudia no solo la forma, sino la esencia de la composición de los partidos y movimientos políticos dentro del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, profundizando la democracia participativa al interior de los mismos y para ello ordena “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Es decir, en esta sentencia, la Corte considera que el principio democrático es importante en la consolidación y reivindicación de la democracia política; considera que la democracia debe ampliarse y profundizarse permanentemente, lo que exige de los principales actores públicos y privados un esfuerzo para generar una democracia real (C-089-1994).

Por ende, les asigna a los partidos el papel de ser canalizadores de las demandas sociales, en tanto reflejan el pluralismo político. Afirma que estos necesitan promover y encauzar la participación política, deben contribuir a la formación y manifestación de la voluntad popular, además de movilizar y convertir las demandas de la población en programas permanentes. En esta sentencia la Corte retoma tangencialmente y sin hacer un análisis teórico del concepto, el papel de la democracia deliberativa, indicando que “las formas de participación democrática desbordan la participación estrictamente política, para abarcar todas las formas posibles de participación en la vida social en sus distintas manifestaciones. En este sentido resulta perfectamente coherente el artículo 2o. de la Constitución Política al señalar como un fin general del Estado Colombiano, el facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (C-089-1994).

2. 1 Línea deliberativa en las leyes ordinarias

La investigación en comento, conllevó a la temática de las leyes ordinarias. Este tema remite a la sentencia C-336/94, donde se expone, la importancia de la democracia participativa, entendida desde la participación de los ciudadanos en la búsqueda del control constitucional como mecanismo de participación en el control de la formación normativa⁸.

8 En esta sentencia dijo la Corte Constitucional al respecto que “La participación democrática a que alude el mencionado mandato constitucional, se refiere a la representación que tales organizaciones sociales deben tener en los distintos entes estatales que cumplen funciones que de una u otra manera les atañen, con facultad para intervenir en las decisiones que adopte o deba adoptar el Estado, relacionadas con esas asociaciones; en el diseño y ejecución de planes y programas de desarrollo económico y social; como también para que actúen como fiscalizadores de la gestión pública que a dichas entidades les compete realizar; mas no a la participación democrática en la administración y manejo interno de las cooperativas, como organizaciones sociales que son. Así las cosas, el artículo 103 de la Carta no es aplicable al evento que se examina, pues dicha disposición lo que consagra es la participación democrática en la designación de las personas que han de representar a las organizaciones sociales, cívicas, comunitarias, juveniles,

Seguidamente se analiza la sentencia C-376/95 en donde la Corte consideró que al momento de elaborar las normas por parte del Congreso se hace necesario que exista *quórum deliberatorio*⁹ el cual, según el artículo 145 de la Constitución, apunta a que las cámaras no pueden deliberar con menos de la 1/4 parte de sus miembros (C-376/95), ello obviamente para garantizar la participación de la mayor parte de los miembros del Congreso en el debate.

Por su parte la sentencia C-585/95, referente a los Servicios Públicos Domiciliarios, se plantea la necesidad de que el ciudadano participe activamente¹⁰ no solo por medio de los instrumentos que le permite la Constitución, sino que es necesario que participe como ciudadano activo en los procesos decisorios (Durango, Marín & Valencia, 2013). Esta idea va a ser sostenida por la Corte en la sentencia C-252/12, donde argumento que:

La labor del Congreso se convierte, al menos teóricamente, en el último reducto legitimador del ejercicio del poder democrático bajo el principio de autonomía, en donde se podría llegar a cumplir con el ideal de que el ejercicio y conformación de la ley se explica a través del uso de la razón pública bajo unas reglas presupuestas que permitan el libre juego democrático (Sentencia 252/12)

Valga mencionar que esta cita alude directamente a la democracia deliberativa y en concreto a un autor como J. Habermas. Respecto a la idea de razón pública, señala la Corte en comentario que: “esta idea ha sido expuesta por autores como Jürgen Habermas con su teoría de la democracia procedimental o discursiva en su obra “Facticidad y Validez” (sentencia C – 252 de 2012).

En consecuencia, sobre la referencia a la deliberación de las normas ordinarias, se encontró que la Sentencia C-386/96 es una sentencia confirmadora de línea, aunque la misma no haga referencia directa a la democracia deliberativa. Se encontró, sin embargo, que la Corte Constitucional sí realiza una conceptualización

sindicales, profesionales, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, ante los organismos públicos que tienen a su cargo la expedición de normas o el señalamiento de las políticas o directrices que los puedan afectar, actuando como cogestores de la actividad pública”.

9 Adujo la Corte: “El quórum deliberatorio está definido por el artículo 145 de la Constitución, así: “El Congreso pleno, las cámaras y sus comisiones no podrán abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros”.

10 Para la Corte “El principio de participación democrática expresa no solo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia. El concepto de democracia participativa no comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos, consultas populares, revocación del mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

importante sobre la participación ciudadana y la publicidad¹¹ de los proyectos a debatirse en el Congreso. Así por ejemplo dijo que:

La transparencia y publicidad de los debates parlamentarios cumple en el Estado social de derecho importantes finalidades, pues el Congreso es el lugar en donde se realiza de manera privilegiada la discusión pública de las distintas opiniones y opciones políticas. De un lado, la publicidad racionaliza la propia discusión parlamentaria y la hace más receptiva a los distintos intereses de la sociedad, con lo cual las deliberaciones producen resultados más justos (Sentencia C-585/95).

Esto se considera como una aproximación al concepto deliberativo como principio esencial de la democracia participativa tendiente a que el Congreso cumpla su función de debatir –entiéndase deliberar– públicamente la producción de normas.

A continuación, se presenta la línea jurisprudencial respecto a las leyes ordinarias. Si bien, en este artículo no se acude a toda la jurisprudencia indicada, se remite el lector al libro de Durango, Marín & Valencia (2013).

1. Leyes ordinarias

1. 336/94
2. C-376/95
3. C-585/95
 1. C-386/96
 2. C-702/99
 3. C-557/00
 1. C-087/01
 2. C-501/01
 3. C-737/01

11 *Indicó la Corte al respecto: "La publicidad es pues una condición de legitimidad de la discusión parlamentaria, pues es la única manera de que el Congreso cumpla una de sus funciones esenciales, esto es, la de traducir políticamente la opinión de los distintos grupos y sectores de la sociedad y, a su vez, la de contribuir a la preservación de una sociedad abierta en la cual las distintas opiniones puedan circular libremente (C-386/96; Durango, Marín & Valencia, 2013)*

4. C-760/01
5. C-915/01
6. C-951/01
 1. C-872/02
 1. C-485/03
 2. C-776/03
 3. C-801/03
 4. C-1147/03
 1. C-473/04
 2. C-473/05
 1. C-034/09
 1. C-252/12
 2. C-011/13
 3. C-014/13
 4. C-387/15

(Gráfico 1 elaborado por los autores).

Dichas sentencias antes señaladas, remiten tímidamente y sin ningún fundamento normativo a la conceptualización de la democracia deliberativa por parte de la Corte. Sólo será hasta la sentencia C-222 de 1997 –sentencia configuradora de línea–, donde la Corte ahonda y ofrece claridad sobre lo que va a entender por democracia deliberativa, incidencia y obligación en la elaboración y producción de normas por parte del Congreso colombiano (Durango, Marín & Valencia, 2013).

2. Consolidación y cambios jurisprudenciales de línea

Como se mencionó anteriormente, la Sentencia C-222 de 1997, sirve de referente y fundamentación para el cambio de jurisprudencia respecto a la democracia deliberativa. En esta sentencia se conceptúa sobre la necesidad de complementar el solo “debate” y la aprobación de las normas según el conocido “pupitrazo”, con la publicidad y la deliberación antes de votar las normas¹². Así, al concepto

12 El cambio de línea se evidencia en el siguiente párrafo. “La Corte Constitucional otorga gran importancia al concepto “debate”, que en manera alguna equivale a votación, bien que ésta se produzca por el conocido “pupitrazo” o por medio electrónico, o en cualquiera de las formas convencionales admitidas para establecer cuál es la voluntad de

de “debate” y “discusión”, se le incluyen categorías como: deliberación conjunta, unidad de materia, publicidad, principio de legalidad, mecanismos de participación, democracia participativa, *Quórum deliberatorio*, participación del ciudadano en los procesos decisorios, participación y democracia deliberativa. Ello se evidencia al analizar la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 001 del 15 de enero de 1996, que modificaba los artículos 299 y 300 de la Constitución Política. Los demandantes argumentaron vicios de procedimiento y vicios formales presentados al momento de conciliación de la norma. Es de aclarar que la Corte Constitucional no consideró inexecutable la demanda, pues a juicio de la corporación, lo que se evidenció fue un problema sustancial en la votación final de la norma y no en el debate como tal (Durango, Marín & Valencia, 2013).

Más adelante encontramos la C- 557 de 2000, en la que se demandó el Plan Nacional de Desarrollo 1999-2002 por falta de debates. Sin embargo, la Corte encontró que sí se dieron los debates, pero no fueron suficientes porque la norma no fue concordada, acordada y conciliada debidamente ni por el congreso en pleno, ni por las mesas de conciliación. Lo anterior porque se dejaron dos articulados para que el gobierno lo decidiera, asunto que es inconstitucional, porque le traslada la labor legislativa al presidente sobre un tema que en principio es de exclusividad del Congreso. En palabras de la Corte, ello tergiversa la democracia deliberativa que permite discutir y acordar lo adecuado para la democracia, y no puede delegarse al Presidente porque se perdería el debate y la construcción en sociedad de la principal norma de política pública del estado frente a la ciudadanía. Además, ya la Corte ha indicado en anteriores¹³ sentencias -C-760 de 2001-, que la falta de debate torna inexecutable la norma, especialmente porque la función del congreso es “aprobar textos conocidos, explícitos, expresos e idénticos, que sólo así pueden devenir en leyes de obligatorio cumplimiento. Entonces, la posibilidad de aprobar textos implícitos o determinables, resulta completamente ajena a la voluntad del constituyente.” (C- 557/00; Durango, Marín & Valencia, 2013).

En este mismo sentido, la Sentencia C-737 de 2001 alude al principio democrático de la unidad de materia, porque éste garantiza una deliberación pública, adecuada y conocida por todos los miembros de la corporación previa al debate. Es por ello que al demandar la ley 553 de 2000 el actor se apoyó en la jurisprudencia

los congresistas en torno a determinado asunto. La votación no es cosa distinta de la conclusión del debate, sobre la base de la discusión -esencial a él- y sobre el supuesto de la suficiente ilustración en el seno de la respectiva comisión o cámara. Es inherente al debate la exposición de ideas, criterios y conceptos diversos y hasta contrarios y la confrontación seria y respetuosa entre ellos; el examen de las distintas posibilidades y la consideración colectiva, razonada y fundada, acerca de las repercusiones que habrá de tener la decisión puesta en tela de juicio. El debate exige deliberación, previa a la votación e indispensable para llegar a ella, lo que justamente se halla implícito en la distinción entre los quóruns, deliberatorio y decisorio”. C- 222 de 1997.

13 En la sentencia C-760 de 2001 dijo que: “Faltando el debate, la votación subsiguiente debe considerarse inválida, pues la votación de un texto no es más que la decisión que adopta una mayoría, como conclusión del debate en el cual han participado tanto mayorías como minorías”.

cia de la Corte constitucional, especialmente en el fallo C-222 de 1997. La Corte consideró que durante los debates de la segunda vuelta, los actos legislativos no pueden constituir una simple repetición retórica de lo aprobado en primera vuelta, al contrario –indicó la Corte–, esta es una nueva oportunidad para controvertir, discutir o debatir el contenido de lo inicialmente aprobado a través del ejercicio de la democracia en el parlamento, además al ser posible realizar modificaciones, ya que el Congreso no es un convidado de piedra, aunque la misma no sea de la esencia, ello no impide modificaciones a los textos sin perder su naturaleza porque de lo contrario sería inocua realizar la segunda vuelta de debates legislativos (C-222/97; Durango, Marín & Valencia, 2013).

Por su parte, la Sentencia C-760 de 2001, aborda la constitucionalidad de la Ley 600 de 2000 o Código Penal. Allí precisó la Corte que la falta de *quórum* decisorio, necesario para la aprobación de las leyes, recalando que los regímenes democráticos, deben estar abiertos a la confrontación ideológica nacida de la representación popular, permitiendo el acceso a todas las corrientes en razón a la reflexión que se requiere para ser estudiadas y debatidas las propuestas, y ello conlleve la oportunidad real de incidir en la adopción de un proyecto de ley o, la modificación del mismo, para lo cual se debe evidenciar la publicidad previa del texto, y así dar una idea general o particular de los temas a discutir antes del debate, para con ello permitir consultas o la formación de inquietudes o cambios dentro de la discusión, entendiéndose que este derecho es institucional y no de carácter particular o subjetivo y debe incluir la intervención y expresión de las minorías (C-760/01; Durango, Marín & Valencia, 2013).

Más adelante la Sentencia C-688/02, revisa la ley estatutaria que permite la elección de ciudadanos secuestrados. En esta sentencia, la Corte confirma que al momento del trámite legislativo se requiere un supuesto mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria, una adecuada publicidad –idea que será posteriormente sostenida en la sentencia C-1047 de 2005–, garantía del principio democrático del debate legislativo y el cumplimiento de las formalidades (C-688/02; Durango, Marín & Valencia, 2013).

En la sentencia C-801 de 2003, la Corte definió la constitucionalidad del artículo 47 de la Ley 789 de 2003 de la Carta Política. Adujo esta corporación que la norma final no fue aprobada en el primer debate de las comisiones constitucionales del Senado y Cámara, agregándose cambios en el segundo debate que no estaban inicialmente contemplados en el primero. Finalmente indicó la Corte que los cambios a la norma no son delegables a la plenaria, en tanto son una obligación al interior de las comisiones previo al debate y votación de las plenarias, con lo cual, en la práctica, la norma sólo fue objeto de una discusión y al ser así, no es posible que se hayan dado los respectivos debates, necesarios para la aprobación de la norma (C-801/03, Durango, Marín & Valencia, 2013).

La Sentencia C-034 de 2009, busca resolver la demanda de la Ley 1151 de 2007 referente al Plan Nacional de Desarrollo 2006 - 2010. Allí se estableció que durante el procedimiento legislativo se incurrió en un vicio de procedimiento, consistente en la falta de la publicación previa de la ponencia en la Gaceta del Congreso, lo que invalida la discusión al no existir herramientas para el debate o sobre qué “debatir”. Para la Corte, sólo si se conocen los textos de las ponencias previamente, se puede discutir con argumentos, formar la opinión, estar informado y lejano de presiones, colocando en igualdad de condiciones las mayorías y minorías, racionalizar la discusión, articular adecuadamente pensamientos, intereses y racionalizar los actores del Estado y de la sociedad, porque “la publicidad es pues una condición de legitimidad de la discusión parlamentaria”¹⁴ y “un requisito mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria”¹⁵ (C-034 de 2009; Durango, Marín & Valencia, 2013).

2. 2 Actos legislativos y democracia deliberativa

Atendiendo a lo antes expuesto, respecto a la importancia de la deliberación, la Sentencia C-543/98 continúa la línea jurisprudencial recién presentada por la sentencia C-222/97. Sentencia que se convierte en la fundadora de línea respecto a los actos legislativos. Dicho fallo discute el cumplimiento de las formalidades para creación del Acto Legislativo No. 1 de 1997, referente a la extradición de colombianos. Acá la Corte consideró que el “debate” no equivale en modo alguno a “votación” y que el cuerpos representativos, integrado por el Congreso es deliberante, plural y heterogéneo de la voluntad de la sociedad, pero respetuoso de las ideas, criterios y conceptos diversos o contrarios (C-543/98; Durango, Marín & Valencia, 2013).

Como el caso anterior, se tiene la sentencia C- 614 de 2002. En esta se examinó el Acto Legislativo 01 de 2001 denominado sistema de participaciones generales. Para la Corte Constitucional el control constitucional es un mecanismo que permite a los ciudadanos hacer veeduría a los debates parlamentarios, planteado las posibles deficiencias en el trámite que el ciudadano interesado ha detectado o cuando el opositor de un proyecto pretende librar una última batalla (C- 614/02; Durango, Marín & Valencia, 2013).

Mientras la Sentencia C-668/04 atendiendo la demanda del Acto Legislativo N° 01 de 2003 se pronunció declarando la inexequibilidad a causa de que, al igual que en los casos anteriores, no se puede confundir debate con votación. En la presente sentencia se reafirma el criterio en el sentido de no trastocar, que al cumplirse con

14 Sentencia C-386 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

15 Sentencia C-760 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

la votación se esté agotando el debate, ya que la discusión y la controversia son esenciales para el legislador ante la conformación normativa (C-668/04). Por ello se declaró la inconstitucionalidad ante la falta de los debates como lo ordenan los artículos 157 de la Constitución y 176 de la Ley 5 de 1992, porque los congresistas y los ministros del despacho, no tuvieron la posibilidad de expresar opinión, inconformidad o realizar observaciones (Durango, Marín & Valencia, 2013).

En la sentencia C-1039 de 2004, se demandó la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 03 de 2002, respecto a la reforma a la justicia en la demanda, tanto el actor, como algunos de los miembros del congreso informaron que no se guardaron los principios constitucionales de la democracia deliberativa, como la publicidad, la inclusión de todas las propuestas previo al debate, lo que impidió una adecuada ilustración, ello en contravía del artículo 160 de la Constitución de 1991 y el 175 del Reglamento del Congreso (C-1039/04; Durango, Marín & Valencia, 2013). Sin embargo, la Corte concluyó que los principios de publicidad¹⁶, identidad¹⁷ y consecutividad¹⁸, se pueden llegar a cumplir de forma lenta o porque se permite la publicación, la lectura oral, o la reproducción para que todos los miembros del congreso se informen, lo que de alguna manera contraría lo que la línea jurisprudencial venía diciendo, ya que la formalidad era un pilar necesario para garantizar el cumplimiento, pero ahora el tribunal constitucional decide variar su posición morigerando sus sentencias anteriores. (C-1039/04; Durango, Marín & Valencia, 2013).

Actos legislativos de reforma a la constitución

1. C-543/98
 1. C-487/02
 2. C-614/02
 1. C-668/04
 2. C-1039/04
 1. C-699/16

(Gráfico 2. Síntesis realizada por los autores)

2.3 Actos legislativos de reforma constitucional a la figura presidencial

En la línea que se venía abordando respecto a la democracia deliberativa, se evidenció la necesidad de separar las sentencias que hacían referencia a los cambios

16 Ver, entre otras la C-760/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa

17 Ver, entre otras, la Sentencia C-702/99 M.P. Fabio Morón Díaz

18 Ver, entre otras, las sentencias C-1113/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-1147/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

en los periodos presidenciales y la posibilidad de la reelección. La razón consiste en que las primeras sentencias permitirán y estarán de acuerdo con la reelección. Años después la Corte varía su posición, debido a dos asuntos. El primero porque la Corte, de alguna manera entre la primera demanda y la segunda, había cambiado sustancialmente los magistrados que integraban la Corte constitucional¹⁹ y la otra razón, se infiere de la posibilidad real de la concentración de poderes en una sola persona y en la virtual sustitución de la constitución.

Para comenzar, en la sentencia C-1040 de 2005 se demandó el Acto Legislativo No. 02 de 2004. Dicha sentencia, no realizó un trabajo conceptual o categorial de grandes entidades y mucho menos un estudio con juicio de las consecuencias constitucionales de las decisiones de los magistrados. Ello se evidencia porque los magistrados se concentraron en el detalle y minucia del procedimiento. Sin embargo, la sentencia no se adentra en la importancia de la deliberación en estos temas tan complejos, manteniéndose distanciada frente a lo discutido, y se limita a certificar la existencia del debate, informando que se cumplieron las reglas procedimentales de un último debate ante la solicitud de reapertura del mismo por parte de varios senadores. Es decir, se mantuvo la posición de la sentencia C-1039/04 que había relativizado la forma en que debía realizarse el debate, esto es, dice la Corte que no siempre hacía falta que todos intervinieran en la discusión; a ello se suma que los encuentros fueron cortos y limitados, en temáticas que ameritaban un enorme compromiso con la deliberación en la reforma del sistema electoral y presidencial (C-1040/05; Durango, Marín & Valencia, 2013).

Ahora bien, las reformas constitucionales requirieron una ley estatutaria que a pesar de ser más cercana a las normas ordinarias, se aborda en este apartado por la temática presidencial y porque desarrolla el Acto Legislativo 02 de 2004 que se trató en el párrafo anterior. Para ello, se analiza la sentencia C-1153 de 2005 que, en razón al control oficioso de la Corte, revisa el Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N°235-Cámara, referente a la reglamentación de la reelección presidencial, donde se estudia la financiación, publicidad, los candidatos y el ejercicio electoral durante la campaña con candidato presidente. El fallo realiza un estudio de las formalidades y comprueba la existencia de los debates legislativos con mensaje de urgencia. Dichos debates y pasos en el Congreso se cumplieron adecuadamente. Pero luego de lo anterior, no hizo relación alguna a los principios, categorías o argumentos conceptuales que validaran la decisión (C-1153/05; Durango, Marín & Valencia, 2013).

19 Magistrados que integraban las cortes, 2001-2009 Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Araujo Rentería, Álvaro Tafur Galvis, Rodrigo Escobar Gil, Alfredo Beltrán Sierra, Iván Humberto Escrucería Mayolo, Marco Gerardo Monroy Cabra, Luis Eduardo Montealegre Lynete y Jaime Córdoba Triviño, mientras en el siguiente periodo 2009-2017 estaban Luis Ernesto Vargas Silva, Humberto Antonio Sierra Porto, Jorge Pretelt Chaljub, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao y María Victoria Calle.

Después de los cambios constitucionales que permitieron la reelección por dos periodos consecutivos del ejecutivo, se presentó el dilema sobre el nuevo reto al darse una nueva reforma en la constitución que admitiera la reelección por tres periodos consecutivos; un fenómeno común en los países latinoamericanos de la época en países como Venezuela, Ecuador, Bolivia y Nicaragua. Es sobre este panorama que se presenta la sentencia C-141 de 2010, la cual resuelve el referendo reeleccionista, que había sido presentado por iniciativa popular. Sin embargo, en este caso, la Corte Constitucional realizó un estudio de fondo, especialmente ante los cargos de sustitución constitucional y el desequilibrio institucional, por la cooptación de los poderes institucionales. Así, primero se estudió cómo el referendo en sí mismo es el desarrollo de la democracia participativa en coherencia con la democracia deliberativa, en tanto permitía la intervención del pueblo en la construcción normativa.

El vicio en la iniciativa popular terminó por incumplir con los toques de financiación, lo que conllevó a que se afectara la constitucionalidad de la iniciativa ciudadana, por las irregularidades cometidas. Estas irregularidades perjudicaron los principios de: transparencia, respeto al pluralismo político del elector, legalidad y legitimidad, señalados en los artículos 1, 155, 374 constitucionales y 24, 27, 97 y 98 de la Ley 134 de 1994. Al entender de la Corte, los promotores buscaron burlar dichos preceptos con recursos ilimitados para privilegiar o favorecer la propuesta con un presupuesto 6 veces mayor al autorizado por el Consejo Nacional Electoral, (C-141/10; Durango, Marín & Valencia, 2013).

Por consiguiente, aunque lo anterior era suficiente para declarar la norma inexecutable, la Corte estudió el trámite legislativo y al hacerlo, encontró que dicha norma no cumplió con los respectivos debates. La razón fue que en el trámite legislativo, el Congreso modificó –en el tercer debate en la Comisión Primera del Senado–, de manera sustancial la iniciativa constitucional de origen ciudadano, al introducir cambios fundamentales, violando así el principio de identidad del artículo 157 constitucional. Para la Corte esto no significa que no se puedan hacer modificaciones al texto, pero lo que no puede hacer el Senado es incluir temas nuevos²⁰, ya que se debe guardar identidad entre lo debatido y aprobado en las respectivas comisiones²¹ (C-141/10; Durango, Marín & Valencia, 2013).

A lo anterior se suman nuevos errores tales como: no publicar la iniciativa en el Diario Oficial, violando con ello el principio de publicidad; además, cinco representantes del Partido Cambio Radical no acataron las ordenes de la bancada; otros cambiaron de partido, lo que hacía nulos sus votos, razón por la cual no

20 Sentencias C-487 de 2002, C-614 de 2002, C-669 de 2004 y C-809 de 2007.

21 Sentencias C-226 de 2004, C-724 de 2004, C-706 de 2005 y C-754 de 2004.

se alcanzó la mayoría absoluta, siendo declarada inexecutable por la Corte. Dicho fallo, adicionalmente rescata los principios constitucionales del estado social de derecho y la participación ciudadana, aduciendo la Corte como fundamento del fallo que una segunda reelección presidencial sustituía la Constitución Política (C-141/10; Durango, Marín & Valencia, 2013).

Finalmente, sobre el tema de reelección presidencial el último fallo que da punto final al tema, es la Sentencia C-230/16 que resuelve la constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2015, el cual eliminó la reelección de forma definitiva o por lo menos aumentó las exigencias constitucionales tales como: la “prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente” (C-230/16). Aunque la Corte se declara inhibida para fallar por ineptitud sustantiva de la demanda, plantea claramente que se ha realizado una adecuada demanda, pero le faltaron elementos:

Aunque la demanda cumple con la estructura formal de un juicio de sustitución de la Constitución, identificando una premisa mayor (modelo de rigidez constitucional), una premisa menor (restricción al poder del Congreso para reformar la Constitución) y una conclusión (sustitución del elemento axial de rigidez constitucional y correlativamente, afectación de la vigencia del principio democrático), no explica por qué establecer que la reforma de la prohibición de la reelección presidencial sólo puede realizarse mediante referendo de iniciativa popular o de Asamblea Constituyente, sustituye la Constitución (C-230/16).

Aunque los magistrados no aportan nada nuevo al debate, el demandante si allega un planteamiento argumentativo conducente a la democracia deliberativa:

El principio democrático se manifiesta mediante diversos postulados “como el principio de representación, la soberanía popular, la delegación del poder, el control político, la participación, la iniciativa legislativa y de reforma, entre otros. El principio busca que las actuaciones del órgano legislativo sean garantes y doten de real eficacia la participación y el ejercicio del control político de la sociedad y de las minorías políticas dentro del trámite de creación de las leyes o de reformas constitucionales (C-230/16).

Sin embargo, para los investigadores, las nuevas exigencias presentadas por la Corte sobre futuros intentos reeleccionistas, refuerzan la democracia deliberativa, porque el consenso para lograr una reforma constitucional de iniciativa popular implica una mayor garantía de debate, participación, publicidad, construcción democrática. A modo de conclusión de esta línea jurisprudencial se presenta a continuación el siguiente esquema:

Reelección presidencial

1. C-668/04
 1. C-1040/05
 1. C-1153/05
 1. C-1141/10
 1. C-230/16

(Gráfico 3. Síntesis realizada por los autores)

3. Mecanismos de participación ciudadana y democracia deliberativa

s mecanismos de participación ciudadana se trae a colación solo aquellas sentencias que tienen incidencias directas en la democracia deliberativa, ya que dicha temática tiene una amplia línea jurisprudencial, que no hace referencia directa a la deliberación o debate en el Congreso. Así, la primera providencia en estudio es la Sentencia C-180 de 1994. En ella se realiza la revisión constitucional del proyecto de Ley Estatutaria No. 92/1992 Senado - 282/1993 Cámara. Allí determina la Corte los principales mecanismos de participación ciudadana. En dicha revisión, la Corte consideró que se había realizado los respectivos debates y dado cumplimiento, en la parte formal, a las discusiones y etapas de aprobación de la ley. Sin embargo, lo realmente destacable de esta sentencia es la importancia de distinguir entre *quórum* deliberativo y *quórum* decisorio.

Adicionalmente hace referencia al mandato imperativo, representativo, liberal y programático de los representantes de la democracia que según el tipo de mandato podrán ser controlados por sus electores. A ello se suma la discusión deliberativa que deben tener los mecanismos de participación ciudadana como lo es el Cabildo Abierto, instando al Congreso que confiera poder vinculante a sus decisiones (C-180/94; Durango, Marín & Valencia, 2013).

Sobre este mismo tópico se identifica la providencia C-175 de 2009 donde se resuelve la constitucionalidad de la Ley 1152 de 2007, referente al Estatuto de Desarrollo Rural, la cual no fue ajustada a la obligación internacional del Estado de obligarse al cumplimiento de los tratados internacionales conforme al artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-. En palabras de la Corte, el Estatuto de Desarrollo Rural no fue consultado con las comunidades indígenas y afrodescendientes²², ni antes de la radicación del proyecto o durante

22 Para la Corte la consulta previa es esencial como mecanismo participativo de las comunidades. Así, “los pueblos indígenas y tribales deben contar con mecanismos que les permitan la participación en todos los niveles de

el trámite en el Congreso. Si bien se realizaron algunas consultas, estas no se lograron con la inclusión de todos los afectados, pues se desconoció el principio de la buena fe, además de saltarse los procedimientos pre consultivos que se deben acordar con las autoridades gubernamentales y las comunidades tradicionales (C-175/09; Durango, Marín & Valencia, 2013).

En conclusión, respecto a la deliberación, adujo la Corte en esta providencia que:

Es así como para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Ello, sumado al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. (C-175/09).

Una sentencia importante respecto a la deliberación de las comunidades en las decisiones que los afectan, se encuentra en la sentencia T-445 de 2016, que al entender de los investigadores es una sentencia configuradora de línea jurisprudencial respecto a las consultas populares como defensa de los derechos fundamentales del medio ambiente. Esta sentencia aborda el tema de las consultas populares, en consonancia con la democracia deliberativa de donde deriva ésta. Así, para la Corte “una consulta popular, es ante todo, una manifestación de voluntad política, que posteriormente, y de manera diferida e independiente produce una norma jurídica, la cual, puede ser objeto de control judicial a través de los mecanismos de control de actos administrativos o de leyes de la República. Teniendo en cuenta dicha situación, esta Corporación considera necesario precisar, que los tribunales administrativos deben en la medida de lo posible limitarse a ejercer el control constitucional de la manera más garantista posible al derecho a la participación ciudadana (formal- participativo)” (T-445/16).

adopción de políticas estatales que les conciernan, en condiciones análogas a las conferidas por el ordenamiento jurídico a los demás integrantes de la población, y de acuerdo con el carácter diferenciado de las comunidades tradicionales y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa, el Texto Constitucional ha conferido espacios concretos de participación a los pueblos indígenas y afro descendientes. El segundo, relativo a las condiciones y requisitos de procedimiento que deben cumplirse para que la consulta previa sea un mecanismo adecuado y efectivo para la protección de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, al igual que las consecuencias que acarrea el incumplimiento, por parte del Gobierno, del deber de consulta previa”. (C-175 de 2009).

En esta sentencia la Corte protege el derecho fundamental a la participación política de las comunidades afectadas por la extracción aurífera en sus territorios y le dice al Gobierno central que las comunidades y los “los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera”. (T- 445/16).

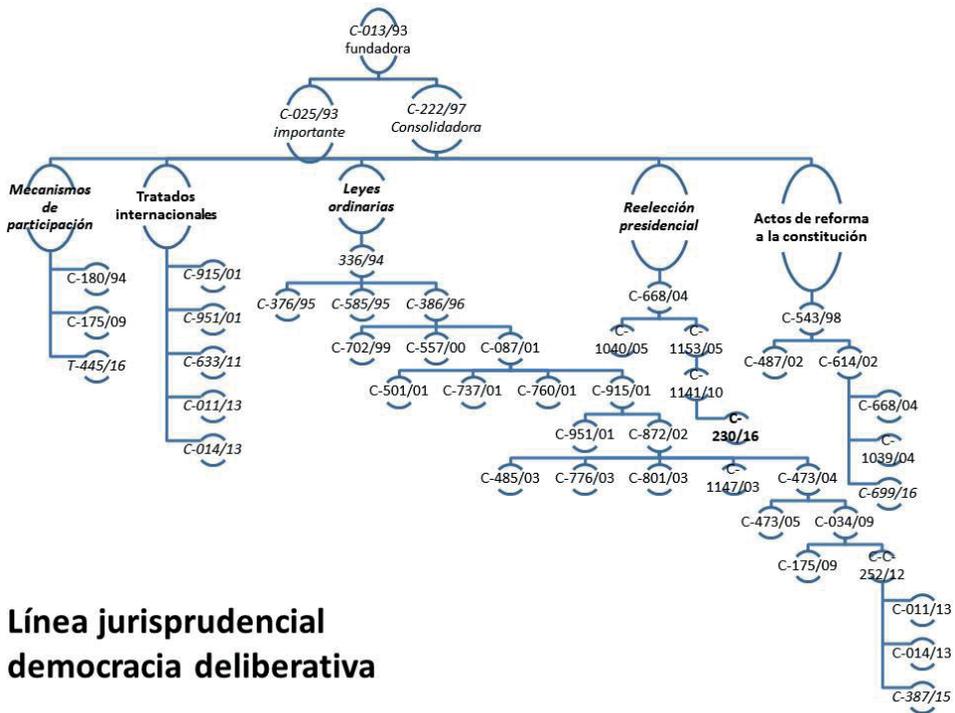
Lo anterior es un fuerte apoyo a la deliberación ciudadana en las decisiones que los afectan directamente como lo son los proyectos mineros extractivos. La Corte retoma en la fundamentación de su decisión, lo indicado en el artículo 33 de la Ley 136 de 1994:

Artículo 33º.- Usos del suelo. Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la Ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio (Ley 136 de 1994).

Como se evidencia, del análisis de la sentencia, el mecanismo constitucional de la consulta popular no fue protegido por el Tribunal Administrativo del Quindío. En tal sentido, para la Corte, el Tribunal realiza una inadecuada interpretación del derecho a la participación ciudadana de los ciudadanos de Pijao, en el entendido que éstos “no podían regular varios de los aspectos incluidos en la pregunta como lo era la conservación de las cuencas hídricas o el uso del suelo, a pesar de que estos hacen parte de la categoría más amplia medio ambiente”.

Importante es el argumento de la deliberación ciudadana en estos aspectos esenciales para su supervivencia, en tanto la Constitución Política –dice la Corte–, “prevé expresamente que es competencia del municipio ordenar el desarrollo de su territorio y reglamentar los usos del suelo. Así las cosas, el Tribunal Administrativo vulneró el derecho fundamental a participar en una consulta popular sobre temas de trascendencia local de Pijao, el municipio donde vive la accionante. Esto, en un claro desmantelamiento de la realización de la participativa prevista en el ordenamiento jurídico nacional”. (T-445 de 2016).

A modo general se presenta la reconstrucción de la democracia deliberativa:



Línea jurisprudencial democracia deliberativa

(Gráfico 4. Síntesis realizada por los autores)

Conclusiones

1. La línea jurisprudencial de la democracia deliberativa tiene una serie de altibajos que podrían catalogarse como falta de fundamentación, en especial en las primeras sentencias. La etapa de ambivalencia se percibe en las primeras sentencias –C-013 de 1993 y C-089 de 1994– en las cuales la Corte constitucional entendía la deliberación como “debate” o “discusión”. Esto es, la deliberación de las normas no era considerada –por la Corte–, como una necesidad dentro de la construcción de normas al interior del congreso.
2. En el año 1997, con la sentencia C-222 de 1997, la Corte da “giro jurisprudencial” respecto a la democracia deliberativa. La Corte introduce principios deliberativos como: publicidad, identidad, consecutividad, derechos de las minorías, participación democrática, entre otros.
3. La importancia de la deliberación de las normas al interior del Congreso, permite la producción de normas de una manera más argumentada y menos

estratégicas. Esto es, la participación ciudadana en la esfera pública, en temas que los afectan directamente, debe incidir y complementar la deliberación de las normas en el Congreso.

4. Hay sentencias muy claras y fundamentadas respecto a los mecanismos de participación ciudadana, ejemplo de esta es la T-445 de 2016, relativa a la inclusión real de las comunidades en decisiones que los afectan directamente como lo es la extracción aurífera en sus territorios. En esta sentencia, la Corte deja claro que los entes territoriales sí son autónomos y poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera.
5. Respecto a la línea jurisprudencial de la democracia deliberativa y su desarrollo, se presenta el siguiente cuadro comparativo, el cual permite observar que por año no se ha producido más de 4 sentencias, además, existen tiempos en los cuales no se tocó dicho tema, es decir que la jurisprudencia respecto a la deliberación es poca.

Año	Magistrado Ponente	Sentencia	Relevancia	Tema	Categorías
1993	Eduardo Cifuentes Muñoz	C-013/93	Fundadora	estatuto de puertos marítimos	Concepto de deliberación
1993	Eduardo Cifuentes Muñoz	C-025/93	Importante	Ley 5ª de 1992	la deliberación conjunta, unidad de materia, publicidad, principio de legalidad
1994	Hernando Herrera Vergara	C-180/94	Consolidadora	Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos,	Mecanismos de participación
1994	Carlos Gaviria Díaz	C-336/94	Importante	Legislación cooperativa	Democracia participativa
1995	Jorge Arango Mejía	C-376/95	Consolidadora	ley 100 de 1993	Quórum deliberatorio
1995	Hernando Herrera Vergara	C-585/95	Importante	Servicios Públicos Domiciliarios	ciudadano participa en los procesos decisorios
1996	Alejandro Martínez Caballero	C-386/96	Importante	Reglamento del congreso Ley 5º de 1992	Participación y democracia deliberativa
1997	José Gregorio Hernández Galindo	C-222/97	Consolidadora	Asamblea departamental	Heterogeneidades de la deliberación
1998	Carlos Gaviria Díaz	C-543/98	Importante	Extradición	deliberantes y heterogéneos
2000	Vladimiro Naranjo Mesa	C- 557/00	Consolidadora	Plan Nacional de Desarrollo para los años 1999-2002	INEXEQUIBLE por vicios de forma falta discusión y acuerdo
2001	Eduardo Cifuentes Muñoz	C-737/01	Importante	LEY 619 DE 2000	el principio democrático unidad de materia garantiza una deliberación pública
2001	Marco Gerardo Monroy Cabra Manuel José Cepeda Espinosa	C-760/01	Importante	Código de Procedimiento Penal	racionalidad deliberativa y decisoria es el conocimiento de los textos de los proyectos

Año	Magistrado Ponente	Sentencia	Relevancia	Tema	Categorías
2001	Eduardo Montealegre Lynett	C-915/01	Importante	convenio de doble nacionalidad	discusión pública deliberaciones producen resultados más justos
2001	Eduardo Montealegre Lynett	C-951/01	Importante	restitución internacional de menores	deben surtir, en general, el mismo trámite de cualquier ley ordinaria
2002	Álvaro Tafur Galvis	C-487/02	Importante	Acto Legislativo No. 1 de 2001	dos vueltas para tramitar las reformas constitucionales, no elimina posibilidad de cambios
2002	Rodrigo Escobar Gil	C-614/02	Importante	Acto Legislativo 01 de 2001	proceso en el cual se escuche la diversidad de opiniones (pluralismo), participación minorías
2002	Rodrigo Escobar Gil	C-688/02	Importante	Ley estatutaria elección de ciudadanos secuestrados	principio de racionalidad deliberativa y decisoria propia del trámite legislativo
2002	Eduardo Montealegre Lynett	C-872/02	Importante	LEY 643 DE 2001 monopolio rentístico juegos azar	la deliberación conjunta de las comisiones permanentes
2003	Manuel José Cepeda Espinosa	C-776/03	Importante	Ley 788 de 2002 tributaria	racionalidad deliberativa deliberación pública
2004	Manuel José Cepeda Espinosa	C-473/04	Confirmadora	Ley 812 de 2003	Debate parlamentario Deliberación previa quórum deliberatorio y decisivo espacio de deliberación pública Pluralista C- 222 de 1997 C-760/01

Año	Magistrado Ponente	Sentencia	Relevancia	Tema	Categorías
2004	Rodrigo Uprimny Yepes	C-573/04	Importante	Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006	unidad de materia conexidad directa
2004	Alfredo Beltrán Sierra	C-668/04	Consolidadora	Acto Legislativo N° 01 de 2003 Reforma Política	quórum, deliberatorio y decisorio deliberantes y heterogéneos
2004	Álvaro Tafur Galvis	C-1039/04	Importante	Acto Legislativo No. 03 de 2002 reforma a la justicia	principio de racionalidad deliberativa y decisoria
2005	Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis Clara Inés Vargas Hernández	C-1040/05	Consolidadora	Acto legislativo reforma constitución reelección presidencial	Sustitución constitucional deliberación, quórum, deliberatorio y decisorio deliberación y discusión parlamentaria
2005	Marco Gerardo Monroy Cabra	C-1153/05	Reconceptualizadora	ley estatutaria de garantías electorales Acto Legislativo 02 de 2004 EXEQUIBLE elección presidencial	deliberación conjunta proyectos distintos, estudiados en sesiones conjuntas, sin necesidad de acumularlos los proyectos analizados simultáneamente
2009	Marco Gerardo Monroy Cabra	C-034/09	Consolidadora	Ley 1151 de 2007 Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010	mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria la democracia y la capacidad deliberativa de los congresistas C-760 de 2001

Año	Magistrado Ponente	Sentencia	Relevancia	Tema	Categorías
2010	Humberto Antonio Sierra Porto	C-175/09	Reconceptualizadora	Ley 1152 de 2007, Estatuto de Desarrollo Rural	consulta previa deliberación del contenido del proyecto de legislación deliberación democrática niveles de liberación entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades
2011	Juan Carlos Henao Pérez	C-633/11	Consolidadora Tratados internacionales	Ley 1440 de 2011 tratado constitutivo de la unión de naciones suramericanas	principio democrático procesos de deliberación y toma de decisiones en el orden constitucional
2012	Juan Carlos Henao Pérez	C-252/12	Importante	Ley 1407 del 2010 "por la cual se expide el Código Penal Militar	falta de trámite y debate aprobación por medio del pupitrazo
2013	Alexei Julio Estrada	C-011/13	Consolidadora Tratados internacionales	Ley 1520 de 2012 Acuerdo de Colombia y los Estados Unidos de América	la publicidad y deliberaciones en el trámite y aprobación de los proyectos de ley para los fines esenciales del Estado, para "facilitar la participación de todos en las decisiones que afectan la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación
2013	Luis Ernesto Vargas Silva	C-246/13	Tratados internacionales	protocolo adicional al tratado constitutivo de UNASUR	quórum deliberatorio

Año	Magistrado Ponente	Sentencia	Relevancia	Tema	Categorías
2013	Luis Guillermo Guerrero Pérez	C-105/13	Reconceptualizadora	Ley 1551 de 2012 organización y modernización municipales	"democracia deliberativa" debe tener en cuenta el querer y el interés general, la deliberación colectiva y los procedimientos que canalizan la discusión y el debate público.
2015	María Victoria Calle Correa	C-387/15	Importante	código penitenciario y carcelario	El control de las leyes en una democracia constitucional, implica el escrutinio de la labor de los representantes elegidos por voto popular Limitación a la participación política y a la democracia deliberativa como representante
2016	Alberto Rojas Ríos	(C-230/16)	Importante	Acto legislativo 02 de 2015	el principio democrático se manifiesta con el principio de representación, la soberanía popular, la delegación del poder, el control político, la participación, la iniciativa legislativa y de reforma
2016	María Victoria Calle Correa	C-699/16	Reconceptualizadora	Procedimiento Legislativo Especial Acto Legislativo 1 De 2016	Referendación popular participación ciudadana es deliberativa y previa sentencia C-379 de 2016, plebiscito tiene efectos vinculantes solo para el Presidente de la República habilitación legislativa extraordinaria.

Año	Magistrado Ponente	Sentencia	Relevancia	Tema	Categorías
2016	Jorge Iván Palacio Palacio	T - 445/16	Consolidadora de línea respecto a las consultas populares en los territorios.		Deliberación y consultas populares. Derecho a que las comunidades decidan sobre las políticas extractivas.
2017	Luis Guillermo Guerrero Pérez	C-674/17	Consolidadora	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR).	Desde lo formal se cumplió con la totalidad de los requisitos previstos en la Constitución Política se tramitó el proyecto en una sola vuelta de cuatro debates cumplió con el quórum y la mayoría, sin embargo artículo 9º es inexecutable por falta de la consulta previa de las comunidades indígenas conflictos de competencia entre la JEP y la Jurisdicción Especial Indígena

(Gráfico 3 realizado por los autores)

Así, del gráfico anterior se aprecia claramente que en años como el 2006 y 2007, no se da una sola sentencia sobre la democracia deliberativa en sentido estricto. Asunto que parece paradójico en un país en el cual hay una gran cantidad de leyes, la mayoría de ellas las cuales tocan temas irrelevantes o persiguen fines privados.

Referencias

- Bessette, J. "Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government". En: *¿How Democratic is the Constitution?* Washington, American Enterprise Institute.
- Cohen, J. (1996) "Procedure and substance in deliberative democracy", en S. Benhabib, ed. *Democracy and difference. Contesting the boundaries of the political*, Princeton: Princeton University Press.
- Bohman, J. & Rehg, W. (1997). *Deliberative Democracy, Essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass; London, MIT Press.
- Bohman, J. (2000). "La democracia deliberativa y sus críticos". En *revista Metapolítica*. México. Vol. 4. Núm. 14.
- Burke, E. (1826) *The works of the Right Honourable Edmund Burke, Volume 6*, London: Henry G. Bohn, 1854
- Constitución Política de Colombia, Bogotá, Secretaria General, Asamblea Nacional Constituyente.
- Ley 5ta de 1992, Bogotá, Diario Oficial.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-013/93 (1993).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-180/94 (1994).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-386/96 (1996)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-585/95 (1995)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-222 (1997)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-543 (1998)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-089/99 (1999)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 557/00 (2000)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-737/01 (2001)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-760/01 (2001a)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-915/01 (2001b)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-951/01 (2001c)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-487/02 (2002)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1039 (2004)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1040/05 (2005)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 614/02 (2002)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 688/02 (2002a)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-872/02 (2002b)

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-776/03 (2003)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-473/04 (2004)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-573/04 (2004a)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-668/04 (2004b)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1039/04 (2004c)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1040/05 (2005)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1153/05 (2005)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-175/09 (2009)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-034/09 (2009)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/10 (2010)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252/12 (2012)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-011/13 (2013)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-105/13 (2013a)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-246/13 (2013b)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-387/15 (2015)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-230/16 (2016)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-699/16 (2016a)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445/16 (2016b)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674/17 (2017)
- Dahl, R. (1988). Un prefacio a la teoría democrática, Bogotá: Ediciones CEREC.
- Dryzek, J. (2000) *Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations*, Oxford: Oxford. UniversityPress.
- Díaz del Castillo Longas, A. (2013) Aproximación al concepto de democracia deliberativa, En: *Revista Ratio Juris* Vol. 8 N° 16 (enero-junio 2013) pp. 77-104
- Durango, G. (2012) El principio discursivo y los derechos fundamentales. Mecanismo de construcción de democracia constitucional deliberativa. Una aproximación desde la teoría Habermasiana. Editorial Académica Española, Madrid, España.
- Durango, G. (2011). Inclusión y desarrollo de las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Un análisis desde la jurisprudencia española. Editorial Diké - Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, 2011.
- Durango, G. (2006). *Democracia deliberativa y derechos fundamentales*, Medellín, Temis-Universidad de Medellín.
- Durango, G. (2008) La legitimidad del principio discursivo y su entrelazamiento con la fundamentación de los derechos fundamentales. Un análisis a partir de la Teoría

- Habermasiana. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. Corte Suprema de Justicia, Perú. 2/2, diciembre de 2008
- Durango, G.; Marín Galeano, M. S. y Valencia Grajales, J. F. (2013) La participación política como derecho fundamental: análisis desde la democracia deliberativa, Medellín, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, Facultad de Ciencias Humanas y Económicas
- Dworkin, R. (2004). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Druckman, J. (2003). Framing and deliberation: How citizens' conversations limit elite influence, *American Journal of Political Science*, num. 47. Pp. 7729-745.
- Elster, J. (2001). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Ezquiaga, G. F. (1999). *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fishkin, J. (2006). *Democracia y Deliberación*. Barcelona, Ariel.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia Frente al Gobierno*, Ariel
- Gargarella, R. (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad*. Madrid: Siglo XXI.
- Gargarella, R. (2011). *La democracia deliberativa y sus presuntas paradojas*. Cuadernos de Investigación. Medellín.
- Gargarella, R. (2014). 'We the People' Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. *Current Legal Problems*. *Current Legal Problems*, Volume 67, Issue 1, 1 January 2014, Pages 1–47, <https://doi.org/10.1093/clp/cuu008>
- García Leonardo. Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional. Análisis crítico a partir del tribunal colombiano". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, volumen 8, número 1, 2007. En: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2450&id_item_menu=3555.
- Habermas, J. (1998) *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta.
- Kurland, P. B. & Lerner, R. (1987) *The Founders' Constitution*, The University of Chicago Press homepage & The University of Chicago Press Journals Division homepage. Consultado en: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s7.html>
- López Medina, Diego Eduardo, (2002) *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, Facultad de Derecho, 2002, 220 pp.
- Nino, S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, España, Editorial Gedisa, serie: Filosofía del derecho.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Waldron, J. (2004). *Deliberación, desacuerdo y votación*. En: *HongjuKoj, H. Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Taylor, C. El multiculturalismo y la Política del reconocimiento. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

Uprimny, R. (2008). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. En: *Los jueces: Entre el Derecho y la Política*. Bogotá: ILSA.

Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005) Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008) Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de Agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010) Caso ChitayNech y otros vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010a) Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Sentencia 26 de Mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011) Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011a) Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia 1 de septiembre de 2011, Serie C No. 233.



Una aproximación preliminar al problema de la búsqueda de la verdad en el ordenamiento jurídico colombiano*

Cristian Arrieta Morales**

Resumen

El presente artículo, a partir de una reflexión preliminar fundamentada en distintas fuentes (teóricas, dogmáticas y jurisprudenciales), presenta, como una introducción al problema jurídico, un *estado del arte* con relación al principal obstáculo al cual se enfrentan los sistemas judiciales contemporáneos: la búsqueda de la verdad en el marco de complejos, dispendiosos e interminables procesos adversales.

Palabras clave: verdad; mentira; testimonio; búsqueda; estado del arte.

A preliminary approach to the problem of the search for truth in the Colombian legal system

Abstract

The present paper, starting from a preliminary consideration based on different sources (theoretical, dogmatic, and jurisprudential) presents, as a kind of an introduction to the legal problem, a *state of the art* concerning the main obstacle faced by contemporary judicial systems: searching for the truth in the middle of complex, wasteful and never-ending adversary processes.

Keywords: truth; lie; testimony; search; state of the art.

Uma aproximação preliminar do problema da busca da verdade no ordenamento jurídico colombiano

Resumo

Este artigo apresenta, a partir de uma reflexão preliminar baseada em diferentes fontes (teóricas, dogmáticas e jurisprudenciais), como introdução ao problema jurídico, um *estado da arte* com relação ao principal obstáculo que enfrentam os sistemas judiciais contemporâneos: a busca da verdade no quadro de complexos, custosos e intermináveis processos adversários.

Palavras-chave: verdade; mentira; depoimento; busca; estado da arte.

* El presente texto se concibe como un artículo de reflexión derivado de la investigación *El delito de falso testimonio en Colombia: perspectiva dogmática y jurisprudencial para su investigación y penalización* adelantada por el autor, durante el año 2016, bajo la dirección del profesor John Faber Buitrago Vargas, a instancias del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas de la Universidad Libre (Barranquilla, Colombia).

** Abogado, Universidad Libre. Estudiante del Programa de Licenciatura en Español y Literatura, Universidad del Atlántico. Investigador adscrito al Grupo de Investigación en Territorio, Medio Ambiente y Desarrollo (TMAD), Universidad del Atlántico. Correo electrónico: carrietasete@gmail.com

Una aproximación preliminar al problema de la búsqueda de la verdad en el ordenamiento jurídico colombiano

Introducción

La primera de las nociones fundamentales que sobre el Derecho se aprende, tradicionalmente desde las perspectivas teóricas de Kelsen y Bobbio (1997, pág. 3), es su concepción como un *ordenamiento* de hechos económicos, sociales y políticos.¹ Autores como Cuenca Gómez (2010, pág. 4), señalan que esta visión teórica del Derecho propone una mirada a la jerarquía normativa cómo si se observara una pirámide de arriba hacia abajo, es decir, comprendiendo cada norma inferior como un herramienta que permite “*procesos de ejecución jurídica que suponen el cumplimiento de un deber [superior]*”. Desde este punto de vista, la validez de cada norma, encaminada a su coherencia y plenitud, se fundamenta “en la efectividad del poder último”, que no es otra cosa que una base empírica de ideales morales acerca de cómo debe ser un buen ordenamiento (2010, pág. 5). Esta es, precisamente, la primera de las premisas sobre las cuales se edifica la investigación de la que deriva este texto: la necesaria comprensión de la verdad como un ideal moral justificante que dota de validez el ordenamiento jurídico colombiano.

Para fijar el objeto de estudio es necesario señalar igualmente que, motivado por esta realidad, el constituyente colombiano prestó especial cuidado a la tarea de permear la carta política de 1991 de una serie de elementos que permitieran a las autoridades armonizar la concepción de un estado social y de derecho con las posibles injerencias arbitrarias que frente a estas garantías pudieran interponer los actores sociales. En efecto, desde su Preámbulo y de manera más precisa en los artículos 2º, 29, 228, 229 y 250, se proclamó como finalidad última del Estado, el asegurar la justicia a través de la verdad, como la única manera de garantizar la vigencia de un orden social justo (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

1 Cfr. Sobre el particular, Bobbio, N. (1997). *Teoría general del derecho*. Temis, Bogotá, D. C. p. 3

Del mismo modo, descendiendo al ámbito de la construcción normativa punitiva, desde la cual el estado ejerce su poder sancionador, se evidencia que el Código Penal colombiano cuenta en su haber con un título completo, el dieciséis (XVI), el cual se encuentra dedicado exclusivamente a los delitos contra la recta y eficaz impartición de justicia, en donde se tipifican como delitos las falsas imputaciones ante las autoridades, la omisión de denuncia de particular, el falso testimonio, la infidelidad a los deberes profesionales, el encubrimiento, la fuga de presos, el fraude procesal y los delitos contra los medios de prueba; con elevadas penas que pretenden realizar prevención especial respecto de estos comportamientos. Desde la base de la lógica proposicional y siguiendo a Hegel, puede afirmarse entonces que la pena frente a tales ilícitos no tiene otra función que la de *“negar la negación que del ordenamiento jurídico efectuó unilateralmente el delincuente”* (González Lemus & Bernal Sarmiento, 2010, pág. 23), para así restaurar el orden justo que demanda la sociedad.

Ahora bien, pese a tan loable propósito, en los últimos años las instituciones jurídicas han sido testigos de un fenómeno delictual conocido popularmente como el *“cartel de los falsos testigos”*, reconocido por parte de la Fiscalía General de la Nación, al menos oficialmente desde el 4 de septiembre de 2012, que da cuenta de la existencia de estructuras criminales conformadas por ciudadanos quienes, actuando de manera indiscriminada, constriñen a miembros de la sociedad civil, con el propósito de enlodar su honor e integridad moral a través de testimonios mentirosos ante distintas autoridades, particularmente judiciales, principalmente para obtener beneficios también judiciales.²

Las pesquisas adelantadas para esclarecer e investigar estos ilícitos permiten advertir que las autoridades colombianas edifican inferencias probatorias, principalmente, sobre la base de testimonios; con lo cual: (i) no puede predicarse una firmeza absoluta en estas decisiones; (ii) se construye un escenario propicio para las retractaciones, las absoluciones y los errores judiciales; (iii) se pone en entredicho la credibilidad del sistema judicial colombiano; y (iv) se supedita el devenir de la administración de justicia a los intereses particulares de miembros de la sociedad civil.

En síntesis, esta dinámica delictiva reviste impacto y gravedad y obliga a la academia a realizar un análisis en detalle del control social que respecto de este comportamiento está ejerciendo el estado colombiano, en el marco de la política criminal por él desarrollada, principalmente a través de la tipificación de esta conducta como un delito: el falso testimonio. ¿Es jurídicamente razonable penalizar el acto de mentir ante una autoridad? ¿Qué significa faltar a la verdad? ¿Resulta adecuada la manera como se concibe el ejercicio de la acción penal respecto de

2 Cfr. Resolución 0-1566 del 4 de septiembre de 2012 emanada del despacho del Fiscal General de la Nación.

este delito desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial? ¿Se está ejerciendo prevención (general o especial) eficiente a través de la criminalización de este comportamiento?

La respuesta oficial a este fenómeno se observa insuficiente y desarticulada. La falta de una comprensión –y apropiación– clara del principio deber de la verdad como valor guía de la actuación procesal, por parte de los servidores públicos encargados de atender este fenómeno criminal, aunado a la complejidad de las investigaciones en que se pretende la formulación de cargos por este particular, conlleva al incumplimiento sistemático de las obligaciones constitucionales en cabeza del ente acusador respecto de la investigación y consecuente judicialización de todos aquellos hechos que revistan la calidad de delito (artículo 250 superior); lo cual deriva en la imposibilidad de ofrecer para las víctimas de estos punibles, el restablecimiento efectivo de los derechos que les fueron conculcados y la adopción de medidas administrativas a su favor.

1. Metodología

Fiel a tal propósito, durante el año 2016, a instancias del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Universidad Libre, se desarrolló una investigación intitulada “*El delito de falso testimonio en Colombia: perspectiva dogmática y jurisprudencial para su investigación y penalización*”, que determinó como objetivo general el analizar, en su dimensión dogmática y jurisprudencial, el delito de falso testimonio, con el propósito de establecer las directrices para la construcción de un protocolo de investigación que sirva de modelo para su correcta investigación; todo ello, a partir de la identificación de la dimensión y alcance de la verdad como valor jurídicamente relevante en este ordenamiento normativo.

La investigación adelantada se limitó temporalmente al periodo de la vigencia de la Constitución Política actual, es decir, desde el año 1991 hasta el año 2016; así como el ámbito de aplicación del Código Penal, desde el año 2000 hasta el año 2016. El enfoque seleccionado para el desarrollo de la misma fue el cualitativo, por cuanto se consideró que era el único que permitía identificar la naturaleza y profundidad del objeto de estudio, su estructura dinámica, así como su comportamiento y manifestaciones. Para este proceso, se adoptó el método sistemático, con el cual se busca organizar en forma temática y cronológica los conceptos claves del objeto de estudio. El procedimiento desarrollado comprendió: recolección de la información, organización de la jurisprudencia, clasificación cronológica y análisis jurisprudencial, aplicando el modo deductivo partiendo de lo general a lo particular. El alcance de la investigación es exploratorio; con lo cual se busca recolectar la información acerca del interrogante sometido a investigación, realizando una intensa clasificación temática para finalmente ofrecer una síntesis de

cada uno de los pronunciamientos jurídicos y poder compararla contra la hipótesis planteada anteriormente. Para lograr los objetivos planteados en el proyecto, se utilizaron como fuentes los pronunciamientos hechos previamente por las altas cortes colombianas, así como la doctrina disponible sobre el tema investigado.

En consecuencia, se ofrecen a continuación una serie de conclusiones preliminares que arrojó el desarrollo de la investigación, con el propósito de lograr una divulgación masiva de la misma, al grado de su vulgarización; así como un insumo para el debate propuesto, al menos a modo de introducción a un problema jurídico relacionado con la búsqueda de la verdad.

2. Resultados (a manera de hipótesis)

Las discusiones académicas sobre el problema de la búsqueda de la verdad, que subyacen al ámbito de la teoría del proceso, se encuentran relacionadas, por un lado, con la posibilidad –teórica o práctica– de alcanzar la verdad en el ámbito del proceso judicial y, por el otro, con la relevancia o necesidad de la prueba en el marco de los fines del mismo (Corte Constitucional de Colombia, 2009a).

En el primer supuesto, en el cual se debate sobre la posibilidad de alcanzarla, es necesario examinar (principalmente desde un punto de vista *ius* filosófico) si la verdad existe y si es posible alcanzarla. Sobre este particular, se proponen dos hipótesis concretas: (i) dentro del plano de lo cognitivo, es posible hablar de lo cierto, en contraposición de lo falso; y (ii) es posible alcanzar algún tipo de saber o conocimiento al que podamos denominar verdad.

Dentro del segundo supuesto, se propone un debate sobre su relevancia desde la óptica de la resolución de conflictos. En este sentido, se propone como hipótesis la siguiente: (iii) la verdad es un insumo relevante para la resolución de conflictos jurídicos; por lo tanto, es necesario desplegar todos los medios posibles para alcanzarla.

2.1 Primera hipótesis: dentro del plano de lo cognitivo, es posible hablar de lo cierto, en contraposición de lo falso

Desde el punto de vista filosófico y epistemológico, la discusión sobre la verdad se centra en torno a la existencia de la misma y, en términos precisos, se refiere a la posibilidad de aprehensión por parte del ser humano, como ser pensante, de algún tipo de conocimiento que pueda aproximarse a lo que se considera verdadero.

La filosofía clásica, de marcado corte ontológico, concebía la posición del filósofo como el del ser llamado a rescatar su propia esencia y de las cosas a su alrededor. La etimología de la palabra filósofo como amante del saber, ilustra pre-

cisamente la tendencia de los pensadores por perseguir la verdad sobre cualquier otra cosa, en contraposición al ignorante o amante de la falsedad (De Santiago Freda, 2010, pág. 4). Al margen de ello, el concepto de verdad para la filosofía moderna se encuentra estrechamente ligado a la inquebrantable voluntad del ser humano por alcanzarla, por entenderla una superación de su propia existencia; perspectiva vigente en el pensamiento de filósofos como Descartes, Kant o Nietzsche.

Para Ruíz Monroy (2016, pág. 3) la verdad es un elemento esencial para los fines que persigue el derecho procesal, en la medida que se constituye en una *“variable trascendente cuando el juez resuelve el asunto jurídico particular y concreto sometido a su jurisdicción”*. El autor se centra en una visión de corte Kelseniana en torno a la cual existe una *verdad jurídica*, que se propone como un tipo de verdad única que solo puede alcanzarse desde el ámbito de lo procesal; verdad que, en todo caso, se encuentra limitada *“pues a lo más que puede aspirar el juzgador cuando decide en los casos difíciles, es a tener una aproximación a la verdad de esas proposiciones referidas a hechos”* (Ruíz Monroy, 2016, pág. 9).

No obstante ello, y en contraste a las posiciones relativistas de filósofos del derecho como Rorty, Ruíz Monroy (2016) acoge una postura contemporánea, fundamentada en los planteamientos teóricos de Haack, Goldman y William, concibiendo la verdad desde la noción de aceptación, entendiendo que cuando el juez asume premisas como ciertas, lo hace desde la base de una presunción que, a su criterio *“se fundamenta en el derecho”*, debiéndose diferenciar, en este sentido, los binomios de verdad absoluta y verdad relativa, y el conformado por la verdad formal o procesal y la verdad real o material; siendo únicamente relevante para el ordenamiento normativo, la verdad formal, procesal o posible, en la medida que *“sobre las proposiciones referidas a hechos en el derecho, las cosas son más complicadas, porque ellos acontecieron en el pasado, y como tales, son irrepetibles, quedando únicamente la opción de reconstruirlos a través de los medios probatorios que dispone el derecho procesal”*.

En este mismo sentido, Taruffo (2010) precisa que

(...) es irrelevante el hecho de que la verdad o falsedad pueda ser establecida en el contexto de los conocimientos que se tengan en ciertas circunstancias de tiempo, lugar o modo, porque lo importante es que el enunciado fáctico en sí mismo es verdadero o falso, en función de que exista o no lo afirmado o negado en él (p.94)

Es importante igualmente citar a Heidegger quien, al referirse a la esencia de la verdad y el problema de su existencia, propone asociar la definición de lo verdadero a la concepción de lo real, queriendo proponer con ello una respuesta a la necesidad de auto comprensión –si se quiere, para ser aún más precisos: de auto aceptación– por parte del ser humano. Lo verdadero, estima Heidegger, siempre

define lo observado en términos de su realidad; la verdad es, por consiguiente, lo real (Heidegger, 1952). La definición de lo real, a su vez, puede asociarse a la percepción de lo auténtico; entendiendo lo falso como una apariencia o representación de lo verdadero, que no podrá llegarse a considerar verdadero por no resultar auténtico. Lo auténtico, concebido de este modo, se encuentra entonces relacionado con el deber ser del objeto bajo estudio, esto es, con la representación ontológica que se tiene del ente; representación que, en últimas, atañe a aquello que puede considerarse admisible. Se presenta entonces lo auténtico como lo admisible, lo que debe ser, lo que nuestra mente nos indica que debe ser. Dicho de otro modo, lo admisible se refiere al juicio consciente que se realiza entre la mente y el objeto. Lo admisible, lo auténtico, lo real, lo verdadero, no es aquello que se observa y se estudia sino el juicio que se emite sobre ello. Para Heidegger (1952), en síntesis, un enunciado es verdadero cuando lo que él significa y expresa concuerda con la cosa juzgada. En consecuencia, también en este caso se podrá afirmar que esto es admisible.

Ahora bien, esta concepción de verdad como conformidad es aquella que encuentra acogida en la jurisprudencia constitucional colombiana. En suma, frente a las posiciones que abogan por una imposibilidad absoluta por alcanzar lo verdadero en el proceso judicial, se estima que si bien la verdad como entidad metafísica puede ser inalcanzable, en el proceso judicial sí es posible acceder a algún tipo de verdad relativa sobre los hechos, a la cual usualmente se ha tenido en bien denominar una verdad procesal (Corte Constitucional de Colombia, 2009a). Este juicio de verdad no puede considerarse un *“determinante concepto sobre la certeza plena de un hecho”* sino que debe entenderse más bien como la comprobación de la verosimilitud de una determinada hipótesis (aquello es verdadero) a partir de la constatación de que dicha hipótesis resulta real, auténtica y admisible a la luz de los principios que rigen el derecho, de las reglas de la sana crítica y del sentido común; para lo cual, se propone la adopción de un método de búsqueda y comprobación de la verdad, a través de la actividad probatoria de la autoridad.

2.2 Segunda hipótesis: es posible alcanzar algún tipo de saber o conocimiento al que podamos denominar verdad

En torno a la manera como se puede construir la verdad desde lo procesal, la jurisprudencia constitucional nacional ha propuesto una hoja de ruta compuesta por dos etapas que involucran la (i) incorporación al proceso judicial de medios de convicción y construcción de hipótesis; y la (ii) valoración de hipótesis y análisis de información (Corte Constitucional de Colombia, 2009a). En la primera etapa, de incorporación de todo medio de convicción que acredite la ocurrencia del hecho y que pueda ser valorado como relevante, a la autoridad judicial (llámese juez o fiscal) compete obtener la mayor cantidad de información jurídicamente

relevante para la resolución del caso sometido a su estudio. Así, estima la Corte Constitucional, se recabarán relatos de las partes, dictámenes científicos y técnicos, opiniones de expertos, testimonios sobre la ocurrencia de los hechos; en esencia, elementos legalmente determinados para la prueba de un particular evento (Corte Constitucional de Colombia, 2009a). Esto es a lo que comúnmente se denomina periodo probatorio en los códigos procesales vigentes.

Posteriormente, esta autoridad formulará para sí o para la autoridad competente, una serie de hipótesis susceptibles de una comprobación y análisis racional. Dichas hipótesis serán sometidas a una etapa próxima de comprobación y análisis, que si bien no puede ofrecer plena certeza sobre las mismas, si podrá determinar sobre la base de una inferencia razonable: (i) la ocurrencia de un hecho; (ii) la mayor o menor probabilidad de un evento; y (iii) la mayor o menor verosimilitud de una hipótesis determinada (Corte Constitucional de Colombia, 2009a). La segunda etapa, relacionada con la valoración de las hipótesis previamente formuladas sobre la base de elementos de convicción, legal y debidamente allegados al proceso, como labor metodológica flexible y compleja, requiere de la autoridad el uso de distintos elementos o herramientas como criterios auxiliares para el desarrollo de su labor (Corte Constitucional de Colombia, 2009a). Se concibe entonces como posible alcanzar algún tipo de verdad procesal a través del uso de las herramientas propias con las que cuentan las autoridades judiciales y se supedita el éxito de tal labor al acompañamiento que reciban las mismas de testigos expertos y de las partes interesadas (víctimas e intervinientes). Es preciso enunciar, sobre este particular, que ha sido la misma jurisprudencia constitucional la que ha estimado que “la inquietud que plantean los enigmas jurídicos es inherente a la existencia humana y es oficio del juzgador tratar de averiguarlos para absolver o condenar, para reparar o no reparar” (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

2.3 Tercera hipótesis: la verdad es un insumo relevante para la resolución de conflictos jurídicos; por lo tanto, es necesario desplegar todos los medios posibles para alcanzarla

Para Foucault (1973), la verdad permite dos historias: la primera, “se corrige a sí misma partiendo de sus propios principios de regulación: es la historia de la verdad tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias”, es una suerte de historia interna, la que cuentan los libros de texto y se construye desde la academia, a partir de los relatos y las formas propias del saber. La segunda historia de la verdad, a la cual se refiere el autor,

[se construye en otros lugares,] allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por

consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior (Foucault, 1973, p. 5).

Esta historia externa de la verdad se produce en los sumarios judiciales, particularmente en los procesos penales: allí, donde se hacen las pesquisas, donde se indagan los hechos y donde se examinan los culpables se produce una *verdad* externa y ajena, subjetiva y simbólica, alienadora y socialmente controladora (Foucault, 1973).

Para autores como Uprimny los juicios penales son especialmente relevantes en los contextos de justicia transicional por dos razones primordiales: inicialmente, por cuanto permiten determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar de actos específicos de violencia “con lo cual aportan un grado de detalle necesario para la construcción de la denominada verdad factual”; por otra parte, al determinar responsabilidades individuales frente a hechos concretos, se permite que los actos de reconocimiento del daño “superen la simple afirmación de una responsabilidad genérica [y se conciben como hechos violentos o atroces (...) contribuyendo a que las víctimas obtengan] un grado de satisfacción que contribuya a la reparación del daño inmaterial por ellas padecido” (2013, pág. 105).

Arribar a la verdad no solo es algo posible y necesario en el marco de un proceso judicial, sino que precisamente si se considera que la jurisdicción tiene como finalidad máxima la solución de conflictos de manera justa, como lo consagra el Preámbulo de la Constitución Política de 1991, esta solución supone la adopción de las decisiones judiciales sobre una consideración de los hechos que pueda considerarse verdadera.

Académicos colombianos han sostenido públicamente un argumento según el cual, el proceso, como mecanismo heterocompositivo para la solución de un conflicto, se justifica solo si se concibe como un intento por llegar a la verdad como fin último de toda solución jurídica, sobre la base de los principios de buena fe, lealtad procesal y dentro de los límites impuestos por la razón (Pájaro y Santos, 2004). En sus palabras:

(...) el proceso no puede concebirse en función de intereses particulares. Su finalidad última, que coincide, en general, con la de todo el ordenamiento jurídico, es asegurar la paz social a través de la aplicación del derecho. (...) La reclamación de un derecho subjetivo a través de una pretensión procesal es apenas la expresión de una necesidad de actuar el derecho para resolver una situación problemática capaz de poner en entredicho la paz social (Pájaro y Santos, 2004).

El valor de la verdad se encuentra entonces relacionado con la efectividad del derecho material que se pretende proteger a través de su búsqueda (Corte Constitucional de Colombia, 2009a). En efecto, para la Corte Constitucional, “una

sentencia justa solo se alcanza si el Juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, al menos en cierta medida, verdadera” (Corte Constitucional de Colombia, 2009a). La cuestión fundamental a la cual pretende responder esta visión constitucional no es aquella relacionada con la defensa de la verdad como una posibilidad real y determinada (un asunto que puede reducirse al ámbito de lo epistemológico); pues, como se indicó, “la verdad del proceso siempre será relativa, ubicada en un contexto determinado y limitado” (Corte Constitucional de Colombia, 2009a).

Por el contrario, dicha visión se encuentra encaminada a dar cumplimiento a la concepción jurisprudencial que privilegia la búsqueda de la verdad como un elemento determinante del proceso judicial en un estado social de derecho, postura que se encuentra cimentada sobre la base del artículo 29 de la Constitución, que establece como elementos del debido proceso la posibilidad de aportar y controvertir pruebas, el principio de exclusión de la prueba ilícita y el principio de necesidad de la prueba para fundamentar una decisión judicial; así como en el artículo 228 superior, relativo a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales (Corte Constitucional de Colombia, 2009a). Debe recordarse que ha sido el mismo constituyente el que ha previsto la búsqueda de la verdad como un elemento funcional íntimamente relacionado al debido proceso.

En los últimos años se ha puesto en marcha una teoría jurídica que pretende aproximarse a la verdad desde el *garantismo* judicial, la cual ha sido abanderada, principalmente, por Ferrajoli. quien propone la concepción de una teoría del derecho en donde la validez de la norma depende únicamente de su coherencia lógica interna. En este sentido, a través de un método axiomático, el autor persigue

“la redefinición del paradigma teórico y normativo de las democracias constitucionales contemporáneas, hoy en crisis, así como la identificación de las diferentes clases de garantías idóneas para asegurar su máximo grado de efectividad frente a los distintos tipos de poder y para la tutela de los diversos tipos de derechos”, en donde la verdad es el valor cumbre del sistema (Ferrajoli, 2011).

Expuesta de este modo la necesidad y posibilidad de alcanzar la verdad al interior de un proceso judicial, la siguiente cuestión a dilucidar es la relacionada con el propósito fundamental de esta búsqueda: ¿la verdad para qué? A lo cual, inicialmente habrá de responderse que la verdad es un fin en sí mismo de la actividad judicial. La apertura de un proceso, el enorme emolumento que ello supone, el gasto de tiempo y energía que demanda, encuentra plena justificación por el simple hecho de alcanzar con ello la verdad (Corte Constitucional de Colombia, 1994). La verdad, así concebida, no puede alcanzarse únicamente con la voluntad de la autoridad y requiere, esencialmente, la participación de aquellos que demandan de la misma: de los afectados, de los perjudicados, de las víctimas. Hecho que cobra

especial relevancia en el marco de un proceso penal, donde es la herramienta con la cual cuenta el estado para el restablecimiento de los derechos conculcados a la sociedad y para la preservación de un orden social justo.

Frente a ello, conviene señalar que la Corte Constitucional ha estimado que la participación de las víctimas o perjudicados en el proceso penal no se justifica solamente por la perspectiva de lograr un bien patrimonial como reparación o indemnización a los perjuicios causados, sino, además, y especialmente, por el derecho que tienen las personas de acercarse a la verdad (Corte Constitucional de Colombia, 1994). Para este tribunal, “contribuir en la definición de la verdad y en el rechazo a la falsedad, es tan importante como lograr lo válido, lo útil, lo interesante” (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

De este modo, entre los particulares derechos que le asisten a una víctima en el marco de la búsqueda de la verdad de los hechos que la han victimizado, se encuentran: el derecho a ser informada del estado del proceso y de las actuaciones desarrolladas en el mismo por parte de las autoridades; el derecho a una contribución activa en el proceso para superar en lo posible cualquier error en la investigación penal; e incluso el derecho mismo a conocer qué ha sucedido con sus familiares; derecho este último que se encuentra ligado con el respeto a la dignidad, a la honra, a la memoria y la imagen del fallecido, prerrogativas que se proyectan más allá de su muerte (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

La verdad, se entiende entonces, es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia (Corte Constitucional de Colombia, 2007). Para la Corte Constitucional, de hecho, “la verdad en el proceso penal [es] un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado” (Corte Constitucional de Colombia, 2007). La verdad lejos de constituir una directriz, se advierte como un verdadero paradigma imperativo en la labor judicial (Corte Constitucional de Colombia, 2007).

En efecto, solo a través de la búsqueda de la verdad puede procurarse la justicia social que demanda el Estado. Se asume además que la efectiva garantía del derecho a la verdad:

contribuye a construir el tejido social sobre la base de la buena fe y de la confianza legítima, ingredientes sin los cuales toda sociedad está condenada a sucumbir en el círculo vicioso de la mentira, de la desconfianza, de la venganza y de la violencia (Corte Constitucional de Colombia, 2008).

Esta garantía se encuentra subordinada: (i) al respeto por la dignidad humana de todos los implicados, (ii) a la eficacia de los derechos fundamentales y (iii) al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas que racionalizan el

proceso (Corte Constitucional de Colombia, 2008). La Corte Constitucional también ha destacado ampliamente la necesidad de hacer efectivas para la sociedad las garantías judiciales que a su favor consagran los ordenamientos sustantivos y procesales, que gobiernan particularmente los asuntos constitucionales y penales.

El hecho que los derechos se consignen en documentos jurídicos significa un gran paso en orden a obtener su cumplimiento, pero esto por sí solo no es suficiente (Corte Constitucional de Colombia, 2008); se requiere, en palabras del alto tribunal constitucional, “el despliegue de todo un conjunto de medidas, tareas o actuaciones por parte del Estado (...) orientadas a garantizar las condiciones de posibilidad para que los derechos se realicen en la práctica y se asegure su amparo efectivo” (Corte Constitucional de Colombia, 2008).

3. Conclusiones

A modo de conclusión puede situarse inicialmente una reflexión concreta: el fin último con el cual el Estado colombiano desarrolla su actividad judicial debe estar siempre encaminado hacia el establecimiento de un orden social justo (artículo 2° superior), lo cual solo podrá lograrse a través del aseguramiento del acceso a la administración de justicia, lo que implica, por supuesto, la consecución de los fines sociales que ello demanda (artículos 229 y 230 superiores).

La justicia debe entonces asumirse como una función estructural del estado social, democrático y participativo de derecho que gobierna nuestra República. Pero, no debe tratar de alcanzarse cualquier clase de justicia sino solo aquella que se alcanza a través de la búsqueda de la verdad. Todo proceso judicial se encuentra encaminado a dilucidar determinados hechos materia de estudio pues solo a través del saber qué pasó se podrá brindar una garantía de reparación y no repetición para el afectado. De lo anterior se desprende que la verdad se constituye precisamente en un valor fundamental del estado de derecho, coetáneo al valor de la justicia para nuestro ordenamiento jurídico.

Debe recordarse que, en el particular caso del proceso penal, la verdad trasciende su concepción abstracta de valor constitucional y se erige como principio determinante del proceso, el cual se encuentra definido al tenor de lo establecido en el artículo 5° de la Ley 906 de 2004, que obliga a los jueces a orientar la actividad judicial a la búsqueda objetiva de la verdad y, en consecuencia, a la obtención de justicia. Toda la actividad judicial debe estar entonces dirigida a este propósito, sin que puedan ni deban desarrollarse maniobras que entorpezcan tal labor. Para la Corte Constitucional,

La búsqueda de la verdad en el proceso penal no es sólo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para el sindicado o para la sociedad, sino también es un instrumento de protección a la víctima y de eficacia de derechos con especial relevancia constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 2007).

El Estado colombiano concibió, en el marco de su política criminal, la construcción legislativa de un tipo penal que penalizará precisamente las infracciones que se cometieran contra la verdad como valor fundamental del estado, bajo la figura del falso testimonio. El falso testimonio como tipo penal autónomo, se concibe entonces como un tipo de sujeto activo especial o calificado, eminentemente doloso, de ejecución instantánea, de peligro abstracto, que tutela el bien jurídico de la recta y eficaz administración de justicia.

No obstante a ello, ningún valor puede tener para un Estado de derecho la verdad basada en pruebas que atenten contra la dignidad humana, que hayan sido obtenidas con quebrantamiento de las formalidades legales, o que propendan únicamente por presentar una verdad formal de los hechos, ajena a la justicia de las decisiones. La verdad demarca el curso procesal, el proceso no se agota únicamente en su búsqueda, pues la misma se encuentra supeditada, como se indicó anteriormente, al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso.

Referencias

- Agnew, J. (1998). *Geopolítica. Una Re-Visión de la política internacional*. sl: Titivilus.
- Appadurai, A. (2009). *Géographie de la colère. La violence à l'âge de la globalisation*. París: Payot.
- Archetti, C. (2010). *Media Impact on Diplomatic Practice: An Evolutionary Model of Change*. Manchester: Salford University Press.
- Badrán, F. (2011). Unión Europea. Desafíos y problemáticas institucionales en el marco de una crisis institucional. *Fuerzas Armadas*, 57-68.
- Badrán, F. (2016). Individuos y grupos transnacionales: Agentes de cooperación y amenaza. *Ensayos Sobre Seguridad y Defensa*, 36-62.
- Badrán, F. (13 de septiembre de 2017). Fuerzas Militares en el marco del post conflicto. (A. C. Dussán, Entrevistador)
- Badrán, F. (26 de Octubre de 2017). Procesos de transformación positiva de los conflictos armados. *Cátedra de Conflictos Armados Contemporáneos. Universidad Javeriana*. Bogotá.

- Bjola, C., & Jang, L. (2015). Social Media and Public Diplomacy: A Comparative Analysis of the Digital Diplomatic Strategies of the EU, U.S. and Japan in China. En C. Bjola, & m. Holmes, *Digital Diplomacy: Theory and Practice*, (pág. 32). London and New York: Routledge.
- Bobbio, N. (1997). *Teoría general del derecho*. Bogotá, D. C.: Temis.
- Borda, S. (1997). Medios de Comunicación y Política Exterior en Colombia. *Colombia Internacional N° 38*, 10.
- Borda, S. (2012). la administración de Álvaro Uribe y su política exterior en materia de derechos humanos: de la negociación a la contención estratégica. *Análisis Político Vol 25 No 75*, 111-137.
- Brown, K., Green, S., & Wnag, J. (Enero de 2017). *Center for Strategic & International Studies*. Recuperado el 13 de Octubre de 2017, de Public Diplomacy and National Security in 2017: https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/170117_Brown_PublicDiplomacy2017_Web.pdf?FaqyYdWYJBGWo24kpc01vqlSW2ZcwyNf
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-275 (1994).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-114 (2004).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-396 (2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-576 (2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-264 (2009a).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-299 (2009b).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-771 (2011).
- Costa, V. (2017). Shaping Public Diplomacy through Social Media Networks in the 21st Century. *RJHIS N° 4 (1) Universidad de Bucarest*, 139-155.
- Cuenca Gómez, P. (2010). La concepción del Ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio. *Papeles el tiempo de los derechos*, 1-12.
- Danielson, D. (2006). Web credibility. En C. G. (Ed.), *Encyclopedia of Human Computer Interaction* (págs. 713-721). Hershey: Idea Group.
- De Santiago Freda, M. (marzo-mayo de 2010). El problema de la verdad informativa: una perspectiva filosófica iusinformática. *Derecom*(1).
- Departamento Nacional de Planeación. (2003). Plan Nacional de Desarrollo 2002 - 2006 Hacia un Estado Comunitario. Bogotá.
- DINERO. (2010). La economía que deja Uribe: promesas vs. avances. *Dinero*, 1-3.
- El País. (30 de 07 de 2010). Presidente Álvaro Uribe termina su gestión con 80% de aprobación. *El País*.
- El Tiempo. (08 de 03 de 2017). Colombia lidera el índice de acceso mundial a internet. *El Tiempo*.

- Falnagin, A., & Metzger, M. (2014). Digital Media and Perceptions of Source Credibility in Political Communication. En K. Kensk, & K. Hall, *The Oxford Handbook of Political Communication* (pág. 15). Londres: Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Fletcher, T. (2017). *Former UK Ambassador to Lebanon in the Future FCO Report*. Obtenido de Government of United Kingdom: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/521916/Future_FCO_Report.pdf
- Florez, J. (2011). La Diplomacia Pública en una perspectiva comparada: una estrategia de la política exterior y su implementación en la política colombiana. *Pensamiento Jurídico* N° 30, 263-293.
- Foucault, M. (1973). La verdad y las formas jurídicas. *La verdad y las formas jurídicas* (págs. 1-63). Rio de Janeiro: Pontificia Universidade Catolica do Rio de Janeiro.
- Galán, J. (2007). Diagnóstico de la Política Exterior Colombiana. Una visión desde el Senado de la República. *Colombia Internacional* N° 65 Enero- Junio, 164-178.
- Galtung, J. (1969). Violence, peace, and Peace Research. *Journal of Peace Research*, 167-191.
- Gilboa, E. (2001 N° 2 Vol 12). Diplomacy in the media age: Three models of uses and effects. *Diplomacy & Statecraft*, 1-28.
- Glassman, J. (2008). *Public Diplomacy 2.0: A new approach to global engagement*. Obtenido de New America Foundation: <https://2001-2009.state.gov/r/us/2008/112605.htm>
- González, M. d., & Bernal Sarmiento, C. E. (2010). *Procesos contra aforados constitucionales –parapolítica–: compilación de decisiones de la Corte Suprema de Justicia* (1 ed.). Bogotá, D. C.: Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Gregory, B. (2008). Public Diplomacy and National Security: Lessons from the U.S. Experience. *Small Wars Journal*, 11.
- Hansen, A. (1984). *Public Diplomacy in The Computer Age*. New York: Praeger.
- Heidegger, M. (enero-junio de 1952). De la esencia de la verdad. *Revista Cubana de Filosofía*, 2(10), 5-22.
- Krammer, E. (2017). A DIPLOMACIA DIGITAL E SEU USO PELO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES DO BRASIL. *6º Encontro da Associação Brasileira de Relações Internacionais* (pág. 15). Belo Horizonte: Universidade Católica de Minas Gerais.
- Manor, I. (2016). Are we there yet: have MFAs realized the potential of digital diplomacy? *Brill Research Perspectives in Diplomacy and Foreign Policy* Vol.1, No.2.
- Martell, L. (2007). Third Wave in Globalization Theory. *International Studies Review* N°9 (2), 173 - 196.
- Martin, C., & Jagla, L. (2013). *Integrating Diplomacy and Social Media*. Washington: Aspen Institute.

- Media Development Investment Fund. (2014). *Media Development's Role in Social, Economic and Political Progress*. New York: MDIF.
- Ministerio de Relaciones Exteriores. (2003). *Memorias al Congreso Nacional*. Bogotá D.C.: Fondo Editorial Cancillería de San Carlos.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (2016). *Hacia una Medición de la Economía Digital en Colombia*. Bogotá D.C.: Colombia.
- Naveh, C. (2002). The Role of the Media in Foreign Policy Decision-Making: A Theoretical Framework. *Conflict and Communication*, 1-14.
- Nye, J. (2011). The Future of Power. *Issues and Insights Vol 11 N°8*, 14.
- OECD. (2017). *Digital Government Review of Colombia. Towards a Citizen Driving Public Sector*. París: OECD.
- Oviamionayi, V. (2004). Diplomacia pública en la bibliografía actual. *Ámbitos*, 215-236.
- Pájaro, N., & Santos, J. (2004). Buena fe y lealtad "pre-procesales". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 30, 199 – 224.
- Pamment, J. (2012). *New public diplomacy in the 21st century: A comparative study of policy and practice*. New York: Routledge.
- Perret, A. (2009). La utilización de CMSP en Colombia: ¿una política equivocada? *La utilización de CMSP en Colombia: ¿una política equivocada? Universidad Externado*, (pág. 20). Bogotá.
- Rojas, E. (2012). Debates y perspectivas de la política exterior colombiana en la era Santos. *VI Congreso de Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de la Plata* (pág. 14). La Plata - Argentina: IRI.
- Ruíz, J. A. (2016). La verdad en el Derecho. *Intersticios Sociales*, 1-33.
- Ruíz, M. C. (2014). Introducción. En R. I. Elcano, *La diplomacia pública como reto de la política exterior* (pág. 68). España: Escuela Diplomática de España.
- Saint-Guilles, L. (2015). Diplomatie publique et stratégie de sécurité nationale aux États-Unis, de la Guerre froide à la Guerre contre le terrorisme. *Res Militaris Vol 5 N°1*, 1-18.
- Schein, E. (1984). Coming to a new awareness of organizational culture. *Sloan Management Review*, Vol 25 N° 2, 14.
- Strange, S. (1987). The Persistent Myth of Lost Hegemony. *International Organization* 41 N°4, 551-574.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Barcelona: Marcial Pons.
- Unión Europea. (2016). *Unión Europea*. Recuperado el 10 de septiembre de 2017, de European Union Global Strategie - Public Diplomacy, Security and Defense: <https://europa.eu/globalstrategy/fr/diplomatie-publique>

- Uprimny, R., Sánchez, L. M., & Sánchez, N. C. (2013). Algunos lineamientos para pensar el marco jurídico de la transición en Colombia en el contexto de un proceso de paz con los grupos guerrilleros. En *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada* (págs. 90-154). Bogotá, D. C.: Dejusticia.
- Vergara, R. (2012). Análisis de política exterior en Colombia: Gobierno de Juan Manuel Santos ¿continuación de un proceso o cambio de rumbo? *Equidad Desarro. Enero Junio*, 27.
- World Economic Forum. (2016). *Digital Media and Society. Implications in a Hyperconnected Era*. United States: WEF.

Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho

Convocatoria permanente

La Revista Estudios de Derecho informa que tiene convocatoria permanente para la recepción de artículos que traten de cualquier tema relacionado con el Derecho y la Ciencia Política, desde cualquier perspectiva.

Se dará prioridad a los textos que sean fruto de investigaciones terminadas. Los artículos que pretendan ser publicados en la sección de Investigación, deberán indicar con precisión los datos de la investigación de la cual son fruto. Los artículos de investigación terminada que se recibirán serán solo los que puedan ubicarse en una de las tres siguientes clasificaciones, de acuerdo a lo establecido por Colciencias:

1- *Artículo de investigación científica y tecnológica.* “Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones”.

2- *Artículo de reflexión.* “Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales”.

3- *Artículo de revisión.* “Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias”.

Se recibirán también ensayos, comentarios a sentencias y reseñas bibliográficas. Todos los textos recibidos deben estar escritos en español, inglés, portugués, francés o italiano; no se contempla la publicación en otros idiomas.

A través de un sistema de evaluación anónima de árbitros, solamente se seleccionarán los artículos que se presenten para la sección de investigación. Estos, una vez recibidos por el sitio web de la revista, entrarán en un proceso de revisión (que puede seguirse por el autor a través del sitio web de la revista) compuesto por las siguientes fases: 1) Fase de pre-edición: se analizará, en un periodo de no más de un mes calendario, el cumplimiento a cabalidad de los requisitos formales, así como de la pertinencia temática con la Revista. Cumplido este procedimiento, los autores serán informados acerca de la superación o

no de esta etapa. 2) Fase de selección por parte de árbitros: los textos aprobados en pre-edición serán enviados para su aprobación o no a algún miembro del equipo de árbitros de la revista, con anonimato respecto tanto al autor como al árbitro. Este proceso no tardará, en ningún caso, más de dos meses calendario. 3) Fase de edición e imprenta: los textos aprobados por los árbitros pasarán inmediatamente al proceso final de edición, diagramación e imprenta. Este proceso no tardará más de dos meses. El orden de publicación de los artículos de investigación, estará determinado de acuerdo con el momento en que cada texto supere la fase de pre-edición. Los demás artículos aprobados por los árbitros podrán ser incluidos en números posteriores previa aceptación del autor.

Los artículos deben hacerse llegar en medio magnético, a través del *Open Journal System* con el cual opera la revista. La forma de realizar el envío es el siguiente:

Ingrese al sitio web de la revista www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho, allí deberá registrarse, seleccionando al final del fichero la opción: “registrarse como autor”. Posteriormente, en la página de inicio ingrese en la opción autor, y allí seleccione la opción de comenzar un nuevo envío. Siga los cinco (5) pasos indicados en la página. También podrá hacer seguimiento de su artículo por este medio. Una guía con indicaciones más precisas y ejemplos la puede encontrar en el mismo sitio web.

Todos los textos enviados deberán cumplir con los criterios de estilo indicados por APA (American Psychological Association) en su sexta edición. A continuación se indican las principales instrucciones APA, 6 ed., a tener en cuenta:

Criterios generales:

El texto debe digitarse en letra tipo “Times New Roman”, tamaño 12, a espacio y medio, hoja tamaño carta, 2.5 cm de margen y con una extensión no mayor a 30 páginas en total, dos espacios después del punto final de una oración, y sangría (*Indent*) a 5 espacios en todos los párrafos. Además de ello, en cuanto a la utilización de tablas, cuadros y gráficos, estos deben “llamarse” previamente a su muestra, los cuales deben contener, según sea el caso, título y pie de imagen.

El texto debe tener en su estructura:

- Título (en español o en el idioma en el cual se presente el texto) con un asterisco al pie donde se indique la calidad del artículo: resultado de investigación (con todas las indicaciones que permitan identificar a la misma: Grupo de investigación, financiación, etc.), análisis de jurisprudencia, ensayo, opinión, etc.
- Nombre(s) y apellidos del autor(a), con un asterisco al pie donde se indiquen datos necesarios para reconocer los créditos, como son: nombre completo, número de teléfono y/o fax, correo electrónico, nombre de la institución en la que labora, cargo que desempeña, e información sobre el grado de escolaridad.
- Resumen, de no más de 200 palabras, y entre tres (3) y cinco (5) palabras clave, así como la traducción de los mismos al idioma inglés (*Abstract* y *Key Words*).

- Texto, que debe ceñirse a las indicaciones del sumario.
- Referencia bibliográfica: donde se incluyen cada uno de los documentos citados en el texto.

Al momento de citar en el texto, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

El apellido del autor y el año de publicación de la obra, así como la página citada, se incluyen en paréntesis dentro de la oración. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, pág. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis incluye solo el año y la página. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011, pág. 3).

Si la obra tiene más de dos autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, mientras que las citas subsiguientes incluirán solo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, pág. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, pág. 3).

Los textos legales (ley, decreto, resolución, etc.) y religiosos (Biblia, Corán, etc.) citados en la obra, así como las referencias a comunicaciones personales o entrevistas, se citan en el texto pero no se incluyen en la lista final de referencias bibliográficas.

La citación de documentos electrónicos debe incluir el DOI si éste lo tiene. No debe indicarse la fecha de consulta y debe figurar la URL del documento, sin punto al final.

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, deberá especificarse seguidamente, y entre paréntesis, el término completo al cual hace referencia. En lo sucesivo se escribe solo la sigla o abreviatura correspondiente.

En forma general, y con especial cuidado al momento de la citación, debe utilizarse para tales efectos, comillas simples.

Al final del texto se incluirán las referencias bibliográficas, en donde solo, se indicarán las fuentes que se usaron en el texto. Esto se presentará en orden alfabético; las obras de un mismo autor se ordenarán cronológicamente.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos del modo de indicar las referencias bibliográficas:

Libro:

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Apellidos, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Capítulo de libro colectivo:

Apellidos, A. A. & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

Artículo De Revista:

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B. & Apellidos, C. C. (Fecha). Título del artículo. *Título de la publicación*, volumen (número), pp. xx-xx. doi: xx.xxxxxxx

Documentos institucionales:

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

Tesis:

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. (Tesis inédita de pregrado, maestría o doctorado en ---Derecho --- Sociología ----- Psicología ---etc.----). Nombre de la institución, Localización.

Documento electrónico:

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01),1-27. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Sentencias nacionales:

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-230 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Consejo de Estado, Radicación 10009987765555, 5 de septiembre (2010)

Sentencias internacionales:

Nombre vs. Nombre, Dato identificador (Año)

Periódico:

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de enero). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

Derechos de reproducción:

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente, salvo los textos que solo hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación original).

La revista Estudios de Derecho permite la reproducción total o parcial de los artículos con fines académicos, siempre y cuando se cite la fuente y se haga llegar a la Revista una copia de la publicación.

Ante cualquier inquietud adicional, favor comunicarse con la Revista al siguiente correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Revista Estudios de Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia
<https://www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho>
<https://twitter.com/RevistaEDerecho>
<https://www.facebook.com/RevistaEDerecho>
Edificio de Extensión, Oficina 404
Teléfono: (57-4) 2195855
Medellín-Colombia



International subscription

Name _____
Identification _____
Country _____
City _____
Address _____
Telephone number _____
Postal code _____
Email _____

Intermediary bank

Citibank New York.
111 Wall street New York,
N.Y. 10103
ABA: 021000089
Swift: Citius 33

Paying bank

Bancolombia Colombia
Bank Count Citibank of New York:
36006658
Swift: Colocobm
CHIPS UID: CH005211

Deposit

Cost of the annual subscription USD \$30

Checking account BANCOLOMBIA Colombia **001-980040-25**

Universidad de Antioquia Nit: # 890.980.040

*To accomplish the subscription process you have to send this checking account in an email to this address: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Cl. 70 #52-72. Edificio de Extensión, Oficina 401

Tels.: 219 58 55 – 219 88 67 - Fax: 219 58 75

Email: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho

Suscripción nacional

Nombre _____
Documento _____
Departamento _____
Dirección _____
Teléfono _____
Ciudad _____
Correo electrónico _____

Fecha de la suscripción _____

Firma del suscriptor _____

Consignación N.º _____

Efectivo _____

Consignación

Valor de la Suscripción anual \$20.000

Cuenta de ahorros BANCOLOMBIA **1053-722-9522**

A nombre de la Universidad de Antioquia

* Para surtir el proceso de suscripción deberá enviarse este cupón
al correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Cl. 70 #52-72. Edificio de Extensión, Oficina 401

Tels.: 219 58 55 – 219 88 67 - Fax: 219 58 75

Email: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho



Imprenta
Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@udea.edu.co
Impreso en julio de 2018