

Conflicto & Sociedad

Revista Institucional UNISABANETA
ISSN: 2322-6900 / Vol. 1, N° 2, noviembre de 2013, Sabaneta, Colombia
Distribución gratuita

Garantías judiciales. Una mirada desde el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Grupo Sistema Interamericano</i>	8
Colisión de derechos grupales y derechos individuales. Estudio de casos. <i>Yesid Echeverry Enciso & Jorge Andrés Illera Cajiao</i>	22
Improcedencia de la caducidad en las acciones resarcitorias por delitos de lesa humanidad <i>Juan Esteban Montoya Hincapié</i>	50
El derecho penal como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano <i>Luz Elena Mira Olano</i>	58
Acercamiento al conflicto social, su etimología y su conceptualización desde la sociología. Una delimitación teórica del concepto y sus autores <i>Andrés Felipe Lopera Becerra</i>	72
Contratos conexos: fundamentos y efectos <i>Fernando Gandini Ayerbe</i>	84
Contraste y comparación de la ciencia política frente a un caso particular. Primera parte <i>Luis Miguel Obando Tobón</i>	92
El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿derecho humano o concesión graciosa de los “tolerantes”? <i>Namiko Matsumoto Benítez & Luis Eduardo Coronel Gamboa</i>	102

Revista indexada por Revistas Alas **ALAS**
Asociación Latinoamericana
de Sociología

<http://alasrevistas.blogspot.com/2013/05/presentacion-de-revista-alas.html>

Hernán Moreno Pérez

Presidente de la Honorable Asamblea de Corporados

Juan Carlos Trujillo Barrera

Rector

Luis Fernando Ospina Vanegas

Vicerrector de Extensión y Comunicaciones

Carlos Mario Ramírez Betancur

Vicerrector Académico

José Saúl Trujillo González

Vicerrector de Investigación

Editor Responsable

direccion.investigaciones@unisabaneta.edu.co
Sabaneta - Colombia

Comité Editorial

- José Saúl Trujillo González – Editor – direccion.investigaciones@unisabaneta.edu.co
Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta – Colombia
- Jorge Franco – Magister en Derecho Privado de la Universidad Nacional de Rosario – franco.jorge.docente@unisabaneta.edu.co
Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta - Colombia
- Carlos Mario Ramírez Betancur – Magister en Auditorías Ambientales de la Universidad Autónoma de México – director.academico@unisabaneta.edu.co
Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta - Colombia
- Namiko Matsumoto Benitez – Licenciada en Derecho, Univesidad Veracruzana. Doctora en Derecho, Instituto Universitario de Puebla. Mexico.
Universidad Veracruzana de México

- Andrés González Serrano – Abogado Universidad Militar Nueva Granada. Magister en Derecho Administrativo Universidad Militar Nueva Granada.

Evaluadores

- **Leonardo García Jaramillo.** Abogado, Magister en Humanidades de la Universidad Eafit.
leonardogj@gmail.com
- **Germán Darío Valencia Agudelo.** Economista, Magister en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. german.valencia@udea.edu.co
- **Clara María Mira González.** Abogada, especialista en estudios internacionales, Magister en Ciencia Política. cmira@ces.edu.co
- **Julián Andrés Muñoz Tejada.** Abogado, especialista en derecho penal y Magister en Ciencia Política. Julian.munozt@gmail.com
- **David Orrego Fernández.** Abogado. Magister en Historia. davidowar@hotmail.com
- **Gerardo Vásquez Arenas.** Sociólogo. Magister en Estudios de Paz y Desarrollo. Abogado Universidad Militar Nueva Granada. Magister en Derecho Administrativo Universidad Militar Nueva Granada.
Gevas2506@yahoo.es

Fotos: ©2013 Shutterstock.com 84312832, 97435076, 136826309, 16833985, páginas web.

Fecha de Impresión: diciembre de 2013
Canje y/o Donación: Biblioteca
Teléfono. (4) 301 18 18 ext. 118 ó 152
E-mail: biblioteca@unisabaneta.edu.co

Los artículos son responsabilidad moral de los autores y, por tanto, no comprometen ni legal, ni moralmente, a la Corporación Universitaria de Sabaneta, UNISABANETA, o a la Revista.

Presentación

El compromiso por la divulgación de la información y el conocimiento es una tarea de amplia resonancia y compromiso social de todos los sectores intervinientes en la consecución de ese objetivo. Las opiniones pluralistas y los diferentes puntos de vistas hacen posible la generación de nuevos conocimientos, que deberán ser aprendidos y discutidos en los diferentes sectores de la sociedad.

Desde las publicaciones realizadas por la Corporación Universitaria de Sabaneta, UNISABANETA, propendemos por el debate, la discusión y la revisión del conocimiento a través de la generación de un nuevo conocimiento.

Con la publicación de nuestro segundo número del primer volumen de la revista Conflicto y Sociedad, correspondiente al periodo agosto-diciembre, deseamos aportar a la discusión y el sano debate jurídico en las diferentes disciplinas de la materia.

En esta edición se presentan siete artículos, producto de investigaciones o derivados de actividades académicas de los autores de los mismos.

En su orden son:

Garantías judiciales. Una mirada desde el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, escrito por el Grupo Sistema Interamericano, Andrés González Serrano, Juliana Carolina Rodríguez Patarroyo, Jesús Eduardo Sanabria Moyano.

Colisión de Derechos Grupales y Derechos Individuales. Estudio de casos, escrito por Yesid Echeverry Enciso y Jorge Andrés Illera Cajiao.



Improcedencia de la caducidad en las acciones resarcitorias por delitos de lesa humanidad, escrito por Juan Esteban Montoya Hincapié.

El Derecho Penal como garantía jurisdiccional de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano, escrito por Luz Elena Mira Olano.

Acercamiento al Conflicto Social, su etimología y su conceptualización desde la sociología. Una delimitación teórica del concepto y sus autores, escrito por Andrés Felipe Becerra.

Contratos Conexos: Fundamentos y efectos, escrito por Fernando Gandini Ayerbe. Contraste y comparación de la Ciencia Política frente a un caso particular, primera parte.

GUÍA PARA LOS AUTORES

Las personas que envíen artículos para cualquiera de las publicaciones de la Corporación Universitaria de Sabaneta, UNISABANETA, con el fin de ser publicados, deben acompañar los textos de una constancia firmada que indique que los textos son inéditos y de su autoría y que no ha sido publicado o propuesto en otro medio de divulgación. Esta cesión de artículo autoriza a la Corporación a publicar el artículo de manera impresa, en medio electromagnético o en la web.

Requisitos:

- Enviar el artículo inédito, una copia impresa y una en medio magnético, a la dirección de correo electrónico del editor direccion.investigaciones@unisabenta.edu.co, dirigido a José Saúl Trujillo G. Editor responsable y a la Calle 75 sur No. 34-120 Sabaneta - Antioquia.
- Los artículos deben tener un máximo de 25 cuartillas, en letra Times New Roman 12 puntos, nota al pie 10 puntos o en Arial en las mismas dimensiones, debidamente justificado, a espacio y medio, con un margen en los cuatro bordes de 2.5 cm, tamaño carta.
- Es obligatorio el uso de citas y referencias bibliográficas, de preferencia en normas APA. Las listas de referencias bibliográficas deben corresponder a fuentes utilizadas en el texto del artículo.
- En una hoja del texto debe escribirse un resumen analítico del artículo, en inglés y en español, no superior a 150 palabras en cada idioma, y de 6 a 10 palabras claves, en los dos idiomas.
- Se señalará con un asterisco en el título la naturaleza del artículo. Aquí se especificará si el artículo es un producto de investigación, tesis de grado, ensayo o reseña crítica, reflexión o reporte de casos y traducciones. Para los casos pertinentes debe señalarse en el título del proyecto la entidad que ha financiado la investigación y la fecha de realización.
- Los datos del autor deben señalarse con dos asteriscos en los nombres y apellidos completos de la siguiente manera:
Formación académica: Títulos obtenidos e instituciones que los otorgaron, cargo institucional actual, grupo de investigación al que se encuentra vinculado, si es el caso.
- En el evento de que el texto contenga cuadros en Excel, gráficos o diagramas, o presentaciones deben anexarse en un archivo aparte en Power Point o Word y en el caso de imágenes en formato jpg.
- Las páginas deben estar numeradas en el ángulo inferior derecho, empezando por la página del título.
- El envío de un artículo por parte del autor a la revista **Conflicto y Sociedad**, implica que él mismo certifica y pone de manifiesto que éste no ha sido publicado en cualquier otro medio ni del mismo modo se encuentra postulado para otra publicación, ni ha sido aceptado para su publicación en otra revista, transfiriendo de esta forma los derechos de autor a la revista **Conflicto y Sociedad**, para su respectiva publicación de forma impresa y electrónica.

La selección de artículos se hará a través de un comité editorial que de manera interna realizará su revisión interna sobre la tipología del artículo de conformidad a la categoría de Colciencias, cuando se trate de artículos originales. Cuando el artículo no corresponda a ninguna de las categorías o se ajuste a los requisitos abajo mencionados, será devuelto a su autor. De igual forma se realizará una revisión por un par externo, quien será escogido de manera discrecional por el comité editorial. Luego del concepto favorable del mismo o favorable con ajustes se procederá a una revisión final o sus ajustes respectivamente, por parte del autor para su publicación. En caso de concepto desfavorable, éste será devuelto a su autor.



Garantías judiciales.

Una mirada desde el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Grupo Sistema Interamericano

Resumen

El presente escrito analizará, las garantías judiciales a través de la interpretación de la Convención Americana por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El derecho a ser oído ante un juez natural competente e imparcial dentro de un plazo razonable, se configura como las garantías más estudiadas a lo largo del precedente de este sistema regional de protección de derechos humanos. Además, son elementos para catalogar si un recurso interno es adecuado y efectivo y con ello, un requisito o excepción para que las víctimas acudan ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Palabras clave: Garantías judiciales, Corte Interamericana, derecho a ser oído, juez natural competente e imparcial, plazo razonable.

* Artículo de reflexión que pertenece al Proyecto de Investigación: “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales”. Investigación desarrollada por el grupo Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos de la Defensoría Militar.

Abstract

The next article will analyze the judicial guarantees through the interpretation that the Inter-American Human Rights gives to the American Convention on Human Rights. The right to be heard before a natural judge who is competent and impartial within a reasonable time. Also, they are elements to qualify if an internal resource is adequate and effective and with that, are a requirement or exception for the victims to come before the Inter-American System of Human Rights Protection.

Key words: Judicial guarantees, Inter-American Court, right to be heard, natural judge competent and impartial, reasonable time.

Introducción

Los órganos internacionales encargados de proteger los derechos humanos a nivel universal, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU, y regional, como la Comisión y Corte Interamericana de Protección de Derechos Humanos, deben su función a un principio de derecho público internacional cual es la subsidiariedad o complementariedad de las jurisdicciones internas.

Lo anterior implica que las personas interesadas de incoar una petición o denuncia ante órganos internacionales protectores de derechos humanos, deben agotar la jurisdicción interna, lo cual implica que los peticionarios, sean las víctimas directas, sus beneficiarios o sus representantes, consagradas en el marco jurídico interno para la protección del derecho humano presuntamente violado.

Acciones o recursos que pueden ser administrativas, como el derecho de petición, o judiciales como la acción penal, civil, administrativa o laboral que deben cumplir con las características de ser adecuados y efectivos para que los peticionarios estén en la obligación de agotarlas, de lo contrario se liberarían de su obligación internacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer si los peticionarios deben agotar los recursos internos hacen un estudio detallado de la función, naturaleza, rapidez, sencillez y cumplimiento de las acciones internas, análisis que centra su atención en los derechos humanos a las garantías judiciales y protección judicial.

Por lo anterior, el presente artículo pretende describir el estándar de respeto y protección de las garantías establecidas en el numeral primero del artículo octavo del derecho humano a las Garantías Judiciales con fundamento al precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de interpretar la Convención Americana.

Las garantías judiciales en el cuerpo jurídico internacional

El Derecho Humano a las Garantías Judiciales se encuentra reconocido, protegido y garantiza en el cuerpo jurídico internacional así:

Declaración Universal de Derechos Humanos. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (art. 10).

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (art. 11. 1.).

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (art. 11. 2.).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, estableci-

do por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores (art. 14 1.).

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (art. 14. 2.).

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. (art. 14. 3.).

En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social (art. 14. 4.).

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley (art. 14. 5.).

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a

la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido (art. 14. 6.).

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país (art. 14. 7.).

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (art. 15. 1.).

Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (art. 15. 2.).

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. (IX Conferencia Internacional Americana, 1948).

Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII).

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, inhumanas o inusitadas (art. XXVI).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969).

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8.1.).

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (art. 8.2.).

La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza (art. 8. 3.).

El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (art. 8. 4.).

El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia (art. 8. 5.).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho a las Garantías Judiciales reconoce el debido proceso legal o derecho de defensa procesal (Cor-

te IDH, 29 de enero de 2009, párr. 74), que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (Corte IDH, OC-9, 6 de octubre de 1987, párr. 27 y 28).

En otros términos, las garantías judiciales no son un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, penal, civil, laboral, administrativa, para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías según la Convención.

Garantías mínimas que comprenden: el derecho a ser oído; el derecho a un proceso en plazo razonable; el derecho a un juez natural, independiente e imparcial; el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación; el derecho a la preparación de la defensa; el derecho a un defensor; el derecho a una doble instancia; el derecho a declarar libremente; el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito y el derecho a la publicidad en el proceso. En estricto sentido, son los medios procesales que sirven a los ciudadanos para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho que presuntamente le estén violando (Corte IDH, OC-8, 30 de enero de 1987, párr. 25-30).

Derecho a ser oído por un juez competente – imparcial e independiente

Dentro de la jurisdicción de cada Estado Americano, las víctimas de violaciones a los derechos humanos deben contar con la posibilidad de ser oídas, posibilidad de la que también deben ser titulares los familiares de la víctima, lo que implícitamente lleva inmersa su actuación en los procesos respectivos (Cor-

te IDH, 16 de agosto de 2000, párr.129), ello con el objetivo de esclarecer los hechos, imponer el castigo de los responsables y obtener la debida reparación (Corte IDH, 19 de noviembre de 1999, párr. 227; 30 de agosto de 2010, párr. 192; 31 de agosto de 2010, párr. 176; 06 de diciembre de 2001, párr. 59).

Es importante resaltar, que aun cuando la Corte Interamericana no concibe como obligatorio que el ejercicio de las Garantías Judiciales sea oral, sí resulta característico de su respeto, que el mismo sea ejercido de esta manera en cierto tipo de procesos.

Con respecto a los recursos interpuestos, el representante alegó que “las víctimas en este caso nunca fueron escuchadas en audiencia, ni privada ni pública”. En este sentido señaló que «[t]al posibilidad no se encuentra prevista ni en el trámite del recurso de amparo autónomo [...] ni en el del recurso jerárquico» y que «[l]a única posibilidad de haber sido oídos en audiencia [sería] a través del recurso de nulidad [aunque] sometido a la autorización discrecional de la Sala». El Estado y la Comisión no expusieron argumentos sobre este punto.

Al respecto, la Corte considera que del artículo 8.1 de la Convención no se desprende que el derecho a ser oído debe necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento. Lo anterior no obstaría para que la Corte considere que la oralidad es una de las “debidas garantías” que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos. Sin embargo, el representante no ha presentado argumentos que justifiquen por qué es necesaria la oralidad, como garantía del debido proceso, en el procedimiento disciplinario ante la CFRSJ o en las distintas instancias recursivas (Corte IDH, 05 de agosto de 2008, párr.75).

La garantía de ser oído, lleva inmersa la característica que el juez o tribunal ante el cual se desarrolla el proceso judicial debe ser *imparcial*, tanto de forma subjetiva como objetiva, y debe actuar en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete (Corte IDH, 02 de julio de 2004, párr. 169), es decir, debe exponer las razones que fundamentan la decisión judicial y aclarar las dudas que pueda presentarse (Corte IDH, 02 de agosto de 2008, párr. 60).

La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso (Corte IDH, 02 de julio de 2004, párr. 170).

La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una so-

ciudad democrática (Corte IDH, 02 de julio de 2004, párr. 171).

Las garantías judiciales deben ser respetadas y aplicadas en los distintos procedimientos, civiles–laborales–administrativos, ante las autoridades públicas, tanto judiciales como no judiciales, que dicten resoluciones que afecten la determinación de los derechos humanos (Corte IDH, 23 de junio de 2005, párr. 149; 06 de febrero de 2006, párr. 105; 31 de agosto de 2001, párr. 71; 19 de septiembre de 2006, párr. 118).

Si bien el artículo 8º de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. (Corte IDH, 31 de agosto de 200, párr. 69)

Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal (Corte IDH, 31 de agosto de 2001, párr. 70).

La imparcialidad de las autoridades públicas, asegura que las decisiones por ellas tomadas están debidamente fundamentadas, no son

arbitrarias (Corte IDH, 23 de junio de 2005, párr. 152), es decir, respetan el deber u obligación de adoptar decisiones justas y motivadas con base en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana (Corte IDH, 19 de septiembre de 2006, párr. 126; 22 de noviembre de 2005, párr. 164; 23 de junio de 2005, párr. 149; 06 de febrero de 2006, párr. 104).

La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática (Corte IDH, 05 de agosto de 2008, párr. 77).

El tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a

un debido proceso (Corte IDH, 05 de agosto de 2008, párr. 78).

El derecho a ser oído consagra una relación entre la imparcialidad y la independencia. Sin embargo, la Corte Interamericana ha establecido en su precedente que cuentan con contenidos autónomos y propios. La separación de los poderes públicos, judicial–legislativo–ejecutivo, y jerárquicos, aseguran que los procesos sean tramitados conforme a la garantía de la *independencia* judicial.

Al respecto, la Corte resalta que si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también es cierto que tienen un contenido jurídico propio. Así, esta Corte ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación (Corte IDH, 05 de agosto de 2008, párr. 55).

Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo

y con una garantía contra presiones externas (Corte IDH, 31 de Agosto de 2001, párr. 75).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la jurisdicción penal militar es compatible con la Convención Americana siempre y cuando cumpla con su carácter restrictivo y excepcional, es decir, que solo juzgue a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atentan contra bienes jurídicos propios del orden militar. Sin embargo, también ha sostenido de forma reiterada que al no cumplir con la separación de los poderes y la separación jerárquica y funcional viola el derecho a un juez imparcial e independiente.

Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”. (Corte IDH, 30 de mayo de 1999, párr. 129).

El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del

Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares. (Corte IDH, 30 de mayo de 1999, párr. 130).

Este tribunal ha señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, “lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción”(Corte IDH, 30 de mayo de 1999, párr. 131).

En relación con el presente caso, la Corte entiende que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal (Corte IDH, 30 de mayo de 1999, párr. 132).

La garantía al juez *natural*, también conocida como la de juez competente, ha sido desarrollada por la Corte Interamericana al pronunciarse sobre jurisdicciones especiales como la penal militar. El máximo tribunal ha sostenido que la persona inmersa en un proceso para la determinación y ti-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la jurisdicción penal militar es compatible con la Convención Americana siempre y cuando cumpla con su carácter restrictivo y excepcional, es decir, que solo juzgue a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

tularidad de sus derechos debe conocer con anterioridad las autoridades o tribunales que son competentes para tramitar su caso, de lo contrario se estaría incumpliendo con una de las garantías mínimas del debido proceso establecido en el artículo 8.1 de la Convención.

El artículo 8º de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de

carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera (Corte IDH, 29 de enero de 1997, párr. 74).

Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (Corte IDH, 30 de mayo de 1999, párr. 129).

Asimismo, la Corte Interamericana ha manifestado que se ve afectada la garantía del juez natural cuando con posterioridad a los hechos que enmarcan un presunto delito o una conducta punible o el trámite para la determinación de un derecho se realiza traslado o se abroga competencia de las jurisdicciones ordinarias a las jurisdicciones especiales.

En cuanto al proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado ante un órgano de la justicia militar, la Corte observa que dicha persona tenía, al tiempo en que se abrió y desarrolló ese proceso, el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgado por los tribunales militares. En consecuencia, el juicio al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención (Corte IDH, 29 de septiembre de 1999, párr. 151).

También el máximo tribunal interamericano ha expresado que la garantía al juez natural se viola cuando civiles o militares retirados son procesados ante tribunales castrenses.

En el presente caso, la amplitud de la jurisdicción penal militar aplicada al señor Pa-

lamara Iribarne trajo como consecuencia que se juzgara a un empleado civil a contrata en el fuero castrense por la comisión, inter alia, de conductas que atentaban contra los “deberes y el honor militar” o suponían “insubordinación”, como lo son los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares, establecidos en el Código de Justicia Militar, así como delitos que atentan contra el “orden y la seguridad públicos”, como lo es el desacato (Corte IDH, 22 de noviembre de 2005, párr. 133).

La Corte ha dicho que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. El juzgamiento de civiles corresponde a la justicia ordinaria (Corte IDH, 22 de noviembre de 2005, párr. 143).

Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención, en perjuicio del señor Palamara Iribarne, por haber sido juzgado por tribunales que no tenían competencia para hacerlo, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuestas en el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento interno normas contrarias al derecho a ser juzgado por un juez competente protegido en el artículo 8.1 de la Convención, aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2º de la Convención (Corte IDH, 22 de noviembre de 2005, párr. 144).

Derecho a que los procesos se tramiten dentro de un plazo razonable

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoció en el artículo 8.1 el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, sin embargo, no definió su contenido y alcance. Vacío este que la Corte Interamericana en sus funciones consultiva y contenciosa ha colmado, al manifestar que el plazo razonable tiene como objetivo que las personas inmersas en procedimientos ante autoridades judiciales o administrativas, no estén de forma permanente en situación de incertidumbre, sin definición de su situación jurídica, siendo ideal que su trámite se decida prontamente.

El principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo (Corte IDH, 12 de noviembre de 1997, párr. 70).

El derecho de acceso a la justicia no se agota con el simple trámite de los procesos internos, sino que debe además asegurar que en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables. Para analizar si el Estado respetó el principio del plazo razonable en los procesos internos destinados a investigar lo sucedido es preciso indicar que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y ejecutoriada. Particu-

larmente en materia penal, el plazo razonable debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse (Corte IDH, 05 de julio de 2004, párr. 188-191; 07 de septiembre de 2004, párr. 168-175).

Resulta difícil establecer un plazo estándar para cada uno de los procedimientos judiciales y administrativos que se contemplan dentro de cada una de las jurisdicciones de nuestro continente, de ahí la necesidad de instituir ***criterios bajo los cuales se pueda establecer el plazo*** en cada una de las situaciones que se presenten, así pues, y tomando como fundamento para ello lo consagrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Valle Jaramillo, los elementos a tener en cuenta son: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.

El tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. En el presente caso, el tribunal observa que han transcurrido más de 10 años desde que ocurrieron los hechos y aún continúan abiertos los procesos penales respectivos. La razonabilidad de dicho retraso se debe analizar de conformidad con el “plazo razonable” al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención, el cual se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva (Corte IDH, 27 de noviembre de 2008, párr. 154).

La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para

determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve (Corte IDH, 27 de noviembre de 2008, párr. 155).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales, sin embargo, deja la puerta abierta para que los estados parte de la Convención expongan y prueben la razón por la cual se ha requerido más tiempo que el que sería razonable en principio para dictar sentencia definitiva en un caso particular, es decir, el Estado podrá tener la oportunidad de desvirtuar dicho argumento aduciendo prueba que demuestre que la demora alegada tiene fundamento directo en la complejidad del caso o en la conducta de las víctimas o sus representantes en el caso (Corte IDH, 17 de junio de 2005, párr. 66; 25 de noviembre de 2005, párr. 166; 01 de febrero de 2006, párr. 128).

Conclusión

La garantía a ser oído, por un juez imparcial, independiente y natural dentro de un plazo razonable, son los presupuestos que deben tenerse en cuenta para establecer si como víctima o representante de la misma se deben agotar los recursos internos para acceder a la jurisdicción del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

En otros términos, si los recursos internos no cuentan con las garantías analizadas y descritas en el presente artículo se puede argumentar que la víctima o su representante estará exento de agotar los recursos internos debido que los mismos no cuentan con las características esenciales de ser adecuados y efectivos. Lo anterior, debido que no se garantizará el trámite bajo los estándares del debido proceso (falta de juez natural, independiente e imparcial) y/o la decisión del proceso estaría inmerso dentro de un retardo injustificado (no cumplimiento del plazo razonable).

Referencias

Corte IDH. *Garantías judiciales en estado de emergencia*. Opinión Consultiva OC – 9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A Nº 9.

_____. *El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A Nº 8.

_____. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182.

_____. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C Nº 52.

_____. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Sentencia de Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C Nº 56.

_____. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C Nº 151.

_____. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125.

_____. Caso Del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008 Serie C Nº 181.

_____. Caso del Tribunal Constitucional vs Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 71.

_____. Caso de los “Niños de la Calle” (Villa-grán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C Nº 63.

_____. Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C Nº 109.

_____. Caso Durand y Ugarte vs Perú. Sentencia de Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C Nº 68.

_____. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C Nº 215.

_____. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C Nº 137.

_____. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C Nº 30.

_____. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C Nº 107.

- _____. Caso IvcherBronstein vs Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C Nº 74.
- _____. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Sentencia de Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C Nº 90.
- _____. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C Nº 141.
- _____. Caso Palamara Iribarne vs Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135.
- _____. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C Nº 216.
- _____. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Nº 35.
- _____. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114.
- _____. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C Nº 192.
- _____. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C Nº 127.



<http://media.elnuevoherald.com/smedia/2013/08/25/17/59/1c5T9j.St.84.jpeg>

Colisión de derechos grupales y derechos individuales. Estudio de casos

*Yesid Echeverry Enciso**
*Jorge Andrés Illera Cajiao***

Resumen

El presente artículo aborda el conflicto suscitado ante la Corte Constitucional colombiana por vía de tutela, respecto de quienes argumentan poseer un derecho individual a la libertad de conciencia y la libertad de culto en colisión con el derecho colectivo de las tribus a conservar su identidad cultural y al respeto de sus prácticas ancestrales e identidades colectivas como elemento fundamental de su existencia, se analizan las diversas posiciones de la Corte en sus múltiples

* Es profesor del Departamento de Estudios Jurídicos, Universidad Icesi, Cali, Colombia. Sociólogo y Magíster en Filosofía por la Universidad del Valle; Abogado, Universidad de San Buenaventura; Especialista en Derecho Penal, Universidad Santiago de Cali. E-mail: yecheverry@icesi.edu.co.

** Es profesor del Departamento de Estudios Jurídicos de la Universidad Icesi, Cali, Colombia. Abogado por la Universidad del Cauca, Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad del Cauca, Magister en Derechos Humanos por la Universidad Externado de Colombia. E-mail: jaillera@icesi.edu.co El presente trabajo constituye un avance de investigación del proyecto *La imputación objetiva en la jurisprudencia penal colombiana*, inscrito en la línea *Dogmática penal y criminología* del grupo de investigación *Precedente*, reconocido por Colciencias en categoría D, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi.

fallos, a la luz de autores liberales y multiculturalistas, presentando razones para optar por la defensa de derechos colectivos fundamentales.

Palabras clave: Libertad de culto, comunitarismo, reconocimiento, derechos colectivos fundamentales.

Abstract

The present article approaches the conflict provoked before the Colombian Constitutional Court by way of tutelage, respect to those who argues to have an individual right to the freedom of conscience and the freedom of cult in collision with the collective right of the tribes to conserve their cultural identity and to the respect of their ancestral practices and collective identities like fundamental element of their existence, analyze the diverse positions of the Court in its multiple sentences, to the light of liberal and multiculturalistas authors, presenting reasons to decide on the defense of fundamental collective rights.

Key words: freedom of cult, communitarianism, recognition, collective rights.

1. Introducción

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

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

En este sentido, el debate se presenta entre los derechos individuales consagrados por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, de raigambre liberal, frente a

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

los derechos fundamentales colectivos de los grupos minoritarios, especialmente el derecho a la diversidad étnica y cultural, que se ve seriamente afectada por el alejamiento de sus miembros de prácticas y rituales que mantienen y perpetúan los lazos sociales y la identidad del grupo.

Enunciado el problema, se aclara que metodológicamente, se desarrollará el tema de la siguiente manera: En principio, se hará una presentación muy general de nuestro esquema constitucional, específicamente el reconocimiento de derechos individuales y colectivos fundamentales, aunado a esto se tocará, sumariamente, el principio de dignidad humana como esquema fundante del sistema jurídico; En segundo lugar, se procederá a realizar una breve descripción de conflictos o tensiones que surgen en el contexto del multiculturalismo, ante las comunidades indígenas en su variante del derecho a la integridad étnica y cultural reconocido por la Constitución -presentación de casos relacionados con libertades y derechos religiosos y de culto-; en tercer lugar, se problematizará la siguiente tesis: en el caso indígena y específicamente en materia religiosa, la Corte Constitucional da prioridad a los derechos colectivos sobre los derechos individuales, creando un precedente que puede ser interpretado de la siguiente manera: en Colombia todas las personas tienen libertad religiosa y de culto, sin embargo, aquellos indígenas que hagan parte de una comunidad cuyos nexos políticos y religiosos confluyan y estén estrechamente ligados, deben aceptar la religión tradicional so pena de atentar contra la integridad étnica y cultural de su grupo, siempre y cuando dichas prácticas interfieran de manera directa con los usos y tradiciones de la comunidad.

En este sentido, se debe proteger a dichas comunidades de las intervenciones de misioneros o agentes religiosos foráneos que pretendan ganar adeptos en tales comunidades,

propiciando otras prácticas religiosas, pues de lo contrario, se vería seriamente afectada la existencia de la comunidad en lo que toca con sus valores, prácticas, rituales, tradiciones y demás elementos identitarios que, de no encontrar protección, conllevarían a la desaparición de la comunidad indígena. Esta tesis puede ser interpretada como una vulneración de la dignidad humana al negarse la libre elección del individuo para profesar el culto que a bien tenga a favor del colectivo, dado que puede entenderse como la instrumentalización de la persona a favor del todo a pesar de la insistencia en el carácter antropocéntrico de la carta fundamental.

Planteado así el problema entre derechos individuales versus derechos fundamentales colectivos, no es extraño encontrar acérrimos defensores de una posición claramente liberal que privilegia la acción individual y postula la no intervención del Estado en aspectos culturales, dejándole esa decisión al individuo, sin embargo, es de advertir que dicha corriente encuentra sus más grandes opositores en los denominados Comunitaristas. Como corriente de pensamiento, el comunitarismo tuvo sus orígenes en la década de los ochentas, entrando rápidamente en polémica con el liberalismo en general y con el liberalismo igualitario en particular. Los pensadores de esta corriente expresaban diversas opiniones, pero con el tiempo terminarían por ser vistos como un bloque, entre ellos: Charles Taylor, Michael Sandel, Alasdair MacIntyre y Michael Walzer¹. A diferencia del liberalismo, los comunitaristas, en menor o mayor medida, enfatizaron en la identidad del sujeto como esencial y radicalmente marcada por la pertenencia a ciertos grupos. Para

1 GRUESO, Delfín. *La determinación histórica y contextual de la filosofía de John Rawls*. En: García Jaramillo, Leonardo (Editor) John Rawls. *El hombre y su legado intelectual*. Manizales: Universidad de Caldas, 2004, p. 81.

ellos, a los sujetos los definen ciertas prácticas comunitarias, de tal forma que los vínculos que necesariamente establecen los sujetos en su desarrollo, son considerados como valiosos y esenciales para definirlos. A grandes rasgos, dentro del comunitarismo, se pueden distinguir dos vertientes: “comunitarismo orgánico” (Macintyre y Sandel) y “comunitarismo estructural” (Walzer y Taylor). El “comunitarismo orgánico” hace referencia a un *comunitarismo en sentido fuerte* que reivindica un cierto modelo de comunidad sustraído a la historia y que se habría olvidado en la modernidad de las sociedades liberales. Por su parte, el “comunitarismo estructural” se refiere a un *comunitarismo más débil o relativo* que, en principio, únicamente reivindica la presencia dentro del marco político, moral y jurídico de algunos elementos básicos de definición que habrían sido censurados, entre los que ocuparían el lugar esencial la comunidad y la cultura tradicional, por lo que no llega a establecer de una forma cerrada cuál es esa comunidad, ni el alcance de su superioridad moral².

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

2 Al respecto Véase: Echeverry, Yesid y Jaramillo Jefferson. *El concepto de justicia en Rawls*. En: Revista Científica Guillermo de Ockham, Vol. 4, N° 2, Cali, julio-diciembre de 2006, pp. 27-52.

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

El sistema normativo colombiano funciona dentro del marco de un Estado Social de Derecho forjado sobre estructuras democráticas que reconocen y protegen la diversidad étnica y cultural de determinados grupos que habitan nuestro territorio, consagrandos en su favor, derechos específicos que buscan salvaguardar sus particulares formas de vida, creencias, costumbres y tradiciones, todo lo cual ha generado conflictos y tensiones³ entre derechos individuales y colectivos. Dichos conflictos han sido resueltos por nuestra Corte Constitucional a través de la aplicación de principios y reglas que informan nuestro ordenamiento y que se nutren a su vez de argumentos diversos relacionados con la filosofía del derecho.

Para tal efecto y en aras de ofrecer una mejor comprensión del problema que más ade-

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

lante se expone, se presentará el marco normativo constitucional que reconoce⁴ algunos derechos y libertades a todas las personas que se encuentren en el territorio nacional, *verbi gratia* la libertad de expresión, conciencia y, especialmente, religión y culto. De igual manera, se presentará el marco normativo constitucional que protege y reconoce derechos a las comunidades indígenas, ya no como la suma de individuos sino como un ente colectivo con derechos propios diferentes a los de sus integrantes. Ejemplo de lo anterior lo constituye el derecho a la subsistencia e integridad étnica y cultural de la comunidad, propiedad colectiva de sus tierras y participación en la toma de decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

El citado marco Normativo Constitucional que reconoce derechos y libertades individuales a todas las personas que habitan el territorio colombiano como límite al poder y cuya promoción y protección queda a cargo del Estado, esta contenido principalmente y para los efectos de este escrito en los artículos 1º, 2º, 5º, 13, 16, 18, 19, 20 y 27 de la carta fundamental. También tenemos un marco normativo constitucional que confluye en la protección ya no de derechos individuales sino de derechos colectivos que buscan favorecer a las minorías étnicas en Colombia y es el contenido en los artículos 7º, 8º, 10º, 70, 72, 286, 329 y 330, ampliados, complementados y desarrollados a su vez por nuestra jurisprudencia constitucional.

La lectura del marco normativo antes citado deja entrever la existencia en el ordenamiento

jurídico de unos derechos fundamentales individuales resistentes a la intromisión del poder de los grupos y que gozan con igual rango constitucional de un mecanismo especial de protección denominado “Acción de Tutela”.

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

Sin embargo, dicho sea de paso, la Constitución Política de Colombia no solo reconoce derechos individuales, sino que también y conforme lo ha determinado la Corte Constitucional Colombiana, consagra derechos colectivos con la característica de “fundamentales”, es decir con la misma importancia de los individuales, todo lo cual crea una tensión entre los derechos derivados de la diferencia cultural y la autonomía política representada en los derechos de autogobierno reconocidos a las comunidades indígenas, por un lado, y los derivados de la unidad cultural, jurídica y política de nuestra nación por el otro⁵, generándose choques y diferencias frente a la interpretación del concepto de dignidad humana (en función del individuo y en contra del Estado y los grupos).

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

5 Ver Bonilla Maldonado, Daniel. *La Constitución Multicultural*. Editorial Siglo del Hombre editores. 2007, pp. 47 y ss.

Dicha tensión se vuelve más compleja cuando tenemos en cuenta que si bien la Constitución Política de 1991 reconoce expresamente derechos y libertades a todas las personas, en aras de proteger y promover la subsistencia de minorías étnicas, especialmente las comunidades indígenas, hace prevalecer los derechos de un grupo sobre los derechos fundamentales e individuales de los miembros que lo conforman cuando estos entran en pugna.

Al respecto y centrándonos en el tema objeto del presente estudio, la Corte Constitucional Colombiana en aras de favorecer la efectiva protección del derecho fundamental colectivo a la integridad étnica y cultural de las poblaciones indígenas en Colombia se ha pronunciado en contra del derecho a la libertad de culto de diferentes comunidades cristianas⁶, favoreciendo en contraposición, el derecho de poblaciones indígenas, al no permitirles el ingreso a sus territorios por la no compatibilidad de ideologías religiosas⁷; interesa destacar en este aparte, que dicho conflicto se presentó de manera directa y en materia de libertad religiosa y de culto en los años 1997 y en el año 2007, ya no solamente frente a individuos externos a la comunidad indígena, sino también frente a treinta y uno (31) de sus miembros (Arahuacos) que voluntariamente se apartaron de la ideología religiosa seguida por su comunidad y acogieron la que profesa la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia.

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

3. Presentación de casos

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

Sentencia T-257 de 1993: En esta sentencia, la Corte Constitucional Colombiana resuelve una acción de tutela interpuesta por la asociación evangélica denominada “Nuevas Tribus de Colombia” a quien se le negó por parte de la Aeronáutica Civil Colombiana y, por solicitud de la comunidad Wanano ubicada en el resguardo indígena del Vaupés, el permiso de operación del aeródromo de Yapima y su pista de aterrizaje que resultaba necesaria para que pudieran desarrollar su actividad de promulgación y difusión del evangelio entre tribus indígenas del Vaupés. La asociación demandante fundó la acción de tutela entre otros, en los derechos de libertad religiosa y de libre locomoción.

Sobre este caso ha de decirse que la Corte no abordó directamente el tema de la libertad religiosa, sino que resolvió el conflicto puesto a su consideración, con fundamento en los derechos de propiedad privada que dicha comunidad indígena tenía sobre los predios donde se hallaba ubicada la pista de aterrizaje y que, armonizados con los nuevos derechos de las minorías étnicas consagrados en la Constitución de 1991, les permitían válidamente oponerse a la entrada de extraños a sus territorios, debiendo también advertir que en este primer fallo no se habló del derecho a la integridad étnica y cultural. En otras palabras, la comunidad religiosa pretendía que se le permitiera entrar libremente a los territorios indígenas para profetizar y evangelizar a sus habitantes en la doctrina cristiana bajo el amparo del derecho fundamental a la libertad de culto, pues consideraban que este derecho les confería poder para llegar a todas las almas independientemente de donde se encontraran. La Corte resolvió la controversia restringiendo el

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

7 Ver sentencias T- 257 de 1993, SU- 518 de 1998, T-1022 de 2001 y T-349 de 2008.

acceso a la asociación religiosa, amparando su decisión en el derecho a la propiedad colectiva que sobre las tierras donde estaba ubicado el aeródromo poseían los indígenas y cuyas autoridades autóctonas se oponían a la campaña evangelizadora.

La Corte explicó que:

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

(...).

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

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

Sentencia SU-510 de 1998⁸: La renuncia a la ideología religiosa que de acuerdo a los usos y costumbres hacía parte de la tradición cultural de la comunidad indígena de los “Arahua-cos” generó una grave tensión, entre las libertades individuales de varios de sus individuos y el derecho colectivo a la integridad étnica y cultural, razón por la cual, treinta y un (31) miembros de la mencionada comunidad en compañía y con la asesoría de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC), presentaron demanda en acción de tutela en contra de las autoridades de la comunidad para hacer cesar la vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, a la libertad religiosa y de culto, a la libertad de expresión y a la libertad personal, entre otros. Esta controversia tuvo lugar en la zona oriental de la Sierra Nevada de Santa Marta.

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

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

“civil”⁹ a territorio indígena; y, la construcción de templos evangélicos.

Adicionalmente, los integrantes de la citada iglesia y que a su vez hacen parte del pueblo arahuaco, alegaron que se les había prohibido la salida colectiva del resguardo cuando ella tenía la finalidad de practicar el culto evangélico; que los discriminaban a la hora de efectuar la distribución de bienes escasos (como la tierra) y servicios (como la salud o la educación), pese a que ellos también eran indígenas y, que eran objeto de severos castigos (encerrados en lugares oscuros sin comida y sin alimento; colgados de los brazos durante horas; obligados a arrodillarse sobre piedras; etc.) por el solo hecho de pertenecer a la mencionada congregación religiosa¹⁰.

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte demandante solicitó a la justicia constitucional¹¹ amparara a los miembros indígenas de la IPUC el derecho a la práctica de su culto religioso en condiciones de libertad, “sin temor alguno a ser maltratados o castigados por ese hecho”.

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

10 Ver Sentencia SU-518 de 1998.

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

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

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

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

Para resolver este interrogante la citada Corte manifestó que:

“...los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Ciertamente, cada comunidad indígena es un verdadero sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos (C.P., art. 88)¹²”.

Expuesto el criterio de diferenciación entre el individuo como sujeto de derechos y la comunidad étnica en la misma calidad, la Corte advierte, para preservar la diversidad étnica y cultural reconocida en el artículo 7º de la Constitución, que ha de preferirse el principio de maximización de la autonomía indígena a fin de no convertir en pura retórica el mandato constitucional de autonomía que les ha sido reconocido como comunidad étnica¹³. Aunado a lo anterior, el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas no es solo un propósito nacional y constitucionalmente avalado, pues existen tratados internacionales reconocidos por Colombia que autorizan la prioridad de la comunidad sobre ciertos requisitos o exigencias individuales de los miembros de la comunidad¹⁴.

Adicionalmente, la Corte explicó también que:

“Con mayor razón debe preservarse en favor de la comunidad indígena, caracterizada externamente por la preponderancia que en ella tiene el factor religioso, su condición de sujeto que ha efectuado y mantenido históricamente una determinada forma de espiritualidad. El pueblo indígena, desde este punto de vista, tiene su anclaje directo en una visión religiosa. Sus autoridades, por definición llamadas a secundar las creencias del grupo, no estarían obligadas a garantizar la libertad general de elección religiosa. La correcta interpretación del principio de protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, impide asignar a las autoridades de un grupo indígena portador de arraigadas creencias religiosas, la tarea de obrar como órgano garante de la apertura religiosa de la respectiva comunidad.(...) Desde el punto de vista externo, las conductas examinadas, podrían catalogarse como violatorias de la libertad religiosa. En cambio, desde el punto de vista interno de la comunidad, tienen un significado cultural plenamente comprensible como acciones dirigidas a compensar un desequilibrio causado en el mundo y que debe subsanarse de una determinada manera. (...) La militancia o el proselitismo de otras religiones, dentro de territorio arhuaco, independientemente de que se realice por miembros de la comunidad o por terceros, pertenece a un género de conductas que por atentar contra el núcleo de las creencias de la comunidad, pueden ser objeto de serias limitaciones por parte de las autoridades internas. La comunidad indígena, resguardada bajo el principio de la diversidad cultural, puede autónomamente controlar

12 Véanse las sentencias T-380 de 1993 y T-001 de 1994.

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

14 Al respecto, véase Sentencia T-349 de 1996.

su grado de apertura externa. Si le fuera dado a los jueces de tutela, haciendo caso omiso de la legítima pretensión de defender la propia identidad cultural, garantizar a terceros las acciones de proselitismo en territorio arhuaco, se habría patentado la forma más eficaz y rápida para poner término a esta cultura milenaria. De otro lado, reconocida la diferencia cultural por la Constitución, la decisión sobre la oportunidad y la extensión de los contactos culturales -cuyos efectos pueden tener un impacto notable dentro de la comunidad-, no se libra al azar o se asigna a las autoridades del Estado nacional, sino que ella se integra al haz de funciones autónomas que solo cabe tomar al pueblo indígena concernido”.

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

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

que tiene que ver con libertades religiosas y de culto)¹⁵.

Sentencia T-1022 de 2001: En ejercicio de la autonomía y respeto de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, el Gobernador del Cabildo Indígena Yanacona de Caquiona en el municipio de Almaguer, departamento del Cauca, impidió en el año 2000 a un pastor de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia pregonar su religión y en general cualquier otra distinta a la católica¹⁶.

Al desconocer la orden dada por el Gobernador, el pastor fue detenido¹⁷ y mantenido en un calabozo durante 16 horas junto con otros miembros de la comunidad indígena prohibiéndole al primero “*el regreso al resguardo indígena para continuar con el ejercicio de pastor y se les prohíbe a los demás miembros de la comunidad escoger libremente su religión*”¹⁸.

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

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

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

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

La respuesta a la acción de tutela por parte del Gobernador del Cabildo Caquiona explicó que la adopción de las citadas medidas se debió a que la religión profesada por el citado pastor “ha contribuido a enfrentamientos entre los católicos y los evangélicos, atentando contra los usos, costumbres y tradiciones propias de la comunidad”¹⁹, generando además el incumplimiento de deberes propios por parte de sus miembros²⁰.

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

Antes de decidir de fondo el asunto puesto a consideración de la Corte, dicha corporación precisó la tensión de derechos así: “Mientras que los declarantes que se encuentran vincula-

dos a la Iglesia Pentecostal Unidad de Colombia (IPUC), señalan que las autoridades indígenas del Cabildo de Caquiona han hecho uso desproporcionado de la fuerza en su contra impidiéndoles injustificadamente realizar manifestaciones religiosas dentro del territorio del resguardo; el Gobernador, así como otras autoridades indígenas justifican sus acciones en la autonomía que tiene la autoridad del Resguardo para impedir que se continúen ejecutando actos que, en su criterio, solamente se encuentran dirigidos a perjudicar su unidad cultural y socio económica”.

De manera previa la Corte también explicó que “desde un punto de vista general no es dable afirmar que las raíces y valores que aseguran la permanencia de un pueblo indígena sean fijos y estáticos, debiendo al efecto conservarse este dentro de una urna de cristal para evitar su alteración. Por el contrario, la comunidad indígena debe ser comprendida como la sociedad móvil que permanentemente está experimentando mutaciones más o menos significativas, merced a las fuerzas internas y externas que sobre ella obran”²¹, pues de lo contrario, es decir, exigir una especie de puritanismo a la hora de reconocer autonomía y protección a las comunidades indígenas sería como condenarlas al abandono del Estado, dado que sería una injusticia y una desproporción histórica exigirle a las comunidades que para obtener protección deben profesar un culto único y ancestral pasando por encima 500 años de colonización, explotación, mestizaje y aculturación. De allí que el hecho de profesar la religión católica, a pesar de no ser autóctona de la comunidad indígena, no sugiere que por no tener el carácter de puritana y asepsia cultural, le es dable a las demás organizaciones religiosas penetrar válidamente en sus prácticas y tradiciones menoscabando sus cimientos y poniendo en peligro su existencia como comunidad étnica y cultural.

19 Ibídem.

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

21 Ibídem.

La Corte dio solución a este conflicto citando la Sentencia SU-510 de 1998 y recordó el universalismo relativo que en materia de derechos humanos se reconoce en nuestra constitución y, a partir del cual se construyó también, el “*principio de maximización de la autonomía*”²², siendo interesante para el objeto del presente estudio, advertir que la Corte reitera la posibilidad de imponer límites a “*la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad*”²³.

Para la Corte se dan por probados tres aspectos:

“a) No se trata solamente del enfrentamiento religioso, sino de las repercusiones que tal contienda entraña frente a la organización social, política y económica de la comunidad, toda vez que, los indígenas que se han afiliado a la IPUC se oponen al modo de producción comunitaria y a las obligaciones de vigilancia, al propio tiempo que desconocen las tradiciones ancestrales.

b) Se violan los derechos de los demás miembros de la comunidad al obligarlos a escuchar el culto protestante mediante amplificadores y se desafía las decisiones tomadas por la autoridad tradicional, luego de agotado un proceso.

c) No se desconoce la libertad de culto a los miembros de la IPUC; simplemente se le advierte a sus correligionarios que el ejercicio de tal libertad se condiciona y desplaza fuera de los linderos del territorio del resguardo”.

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

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

22 Ver Sentencia T- 349 de 1996.

23 Sentencia T-1022 de 2001.

son dinámicos y abiertos al cambio, pero ello no conlleva un proceso de transculturación en el cual los valores de la comunidad originaria son desvertebrados y olvidados por la imposición de un modelo religioso que desconoce elementos estructurales de la comunidad.

Por estas razones, la Corte consideró *“que existiendo derechos en conflicto, de un lado, el del Cabildo del resguardo indígena de Caquiona que en este caso concreto y enfrentado a otro interés como el de la libertad religiosa, y sopeados ambos valores, se debe dar primacía, en las circunstancias particulares de este caso, a los derechos fundamentales del pueblo Yanacona en cuanto integridad étnica y cultural, y en cuanto propiedad colectiva sobre su resguardo”*²⁴, para dar prioridad a los elementos que conforman las tradiciones culturales, el respeto de las formas de autogobierno, las instituciones colectivas como el trabajo comunitario y los modelos económicos no necesariamente basados en la acumulación de capitales.

Sentencia T-349 de 2008: nuevamente la renuncia a la ideología religiosa ancestral por parte de miembros de la comunidad “arhuaca” que habitan la zona oriental y, esta vez también la occidental de la Sierra Nevada de Santa Marta, generó graves tensiones entre las libertades individuales de varios de sus individuos y el derecho colectivo a la integridad étnica y cultural.

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

Al igual que en el caso resuelto en la sentencia hito SU-510 de 1998, los demandantes actuando en nombre propio (ya no por intermedio de la citada congregación religiosa), denunciaron que por razones religiosas fueron objeto de fuertes discriminaciones y persecuciones por parte de sus autoridades indígenas, *“quienes además les retiraron subsidios de vivienda, restringieron el derecho de poner a producir la tierra, a la salud, prohibieron sacar arena, grava y madera, les prohibieron a sus hijos recibir educación por parte de la comunidad, malos tratos y discriminación, generando todo ello un conflicto interno dentro de la comunidad... negación del derecho a beneficiarse de partidas que el Estado entrega para el desarrollo la comunidad, y privación de la libertad por cualquier causa...”*, a tal punto que en el mes de marzo del año 2006, dichas autoridades les advirtieron que *“debían abandonar el Resguardo Indígena, lo que produjo un desplazamiento forzado de muchos de ellos, por miedo a ser apresados o torturados por el solo hecho de ser cristianos”* (Hecho no presentado en la SU-510 de 1998)²⁵.

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

Con fundamento a lo anteriormente expuesto la Corte debía estudiar, entre otros, *“si los derechos fundamentales de los demandantes a la libertad de cultos, libertad de conciencia, libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, a la igualdad y a no ser desterrados han sido vulnerados por las autoridades tradicionales del pueblo arhuaco, o si las actitudes de estas últimas, que son tenidas por los actores como desconocimien-*

24 Ibídem.

25 Al respecto véanse los hechos de la Sentencia T-349 de 2008.

to de tales derechos, en realidad corresponden a mecanismos legítimos de defensa de su identidad cultural”.

Para resolver el asunto puesto a su consideración, la Corte Constitucional reseñó la similitud de los supuestos fácticos objeto de estudio, con los conocidos en la Sentencia SU-510 de 1998, razón por la cual los argumentos y consideraciones expuestos en ella fueron retomados como precedente aplicable. Entre otros aspectos, recordó que las reglas generales establecidas para dirimir los conflictos entre diversidad y unidad, debían entenderse e interpretarse *“a la luz de las particularidades de cada caso concreto, según la cultura involucrada, su grado de aislamiento o integración respecto de la sociedad mayoritaria, etc.”*, así mismo, reiteró que en dicho fallo *“había establecido una serie de principios generales de interpretación, fundados en axioma según el cual la diversidad étnica y cultural solo podía ser limitada por normas fundadas en principios de mayor monta. Dichas reglas interpretativas eran las siguientes: (1) a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía y (2) el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales constituía el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”*²⁶.

Con fundamento en las anteriores subreglas, la Corte recordó que en la sentencia SU-510 de 1998 se había podido establecer *“que los dogmas y prácticas religiosas de los indígenas arhuacos que habían abrazado la fe de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia contradecían elementos centrales de la cosmovisión arhuaca o ika”*. Dicha contradicción, fue considerada en su momento como una afectación que *“comprometía seriamente la organización político-religiosa de la comunidad, la obediencia y respeto a las autoridades tradicionales y el acatamiento de normas tradicionales de la cultura arhuaca. En*

este sentido, ...el ejercicio de la libertad religiosa por parte de los indígenas que habían adoptado la fe cristiana evangélica amenazaba gravemente el derecho fundamental a la integridad cultural de la población arhuaca o ika”, dado que eran precisamente esas creencias y tradiciones ancestrales las que daban unidad al grupo, sin que fuere posible para sus autoridades en el ejercicio de sus funciones, delimitar la esfera religiosa de la política²⁷, además porque si se pretende garantizar la diversidad étnica y cultural a la luz de los postulados constitucionales, al tratarse de creencias religiosas arraigadas, su tarea no se circunscribía al aseguramiento de la apertura religiosa, sino por el contrario a mantener la unidad del grupo²⁸, fin de acuerdo al cual debían entonces organizar la convivencia del grupo de conformidad con el “credo colectivo”.

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

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

26 Ver Sentencia T-254 de 1994.

Así las cosas, resultaba constitucional que las autoridades arhuacas prohibieran “el proselitismo religioso” y el culto en lugares públicos, más no en lugares privados “*de forma individual o en grupos familiares más o menos reducidos*”, como medio legítimo “*para garantizar la identidad cultural del pueblo arhuaco*”, siendo decisión libre y autónoma de dichas autoridades la apertura a otros credos religiosos y la imposición de las sanciones que según sus usos y costumbres deban aplicarse a quienes siendo miembros de la comunidad desconozcan sus normas tradicionales, “*siempre y cuando no se tratara de “punir al no creyente por el mero hecho de serlo”²⁹, ni se utilizaran medios de sanción inhumanos o degradantes*”. Dentro de dichas sanciones, resaltó también la Corte (aludiendo también a lo dicho en la sentencia SU-510 de 1998), resultaba proporcional tener en cuenta el grado de “identidad cultural” para “*efectos de hacer una distribución de la tierra con miras a mantener la propiedad colectiva de la misma y de sus frutos*”, todo ello teniendo en cuenta los fuertes nexos de unidad inescindible a la “madre tierra”.

Si bien, el patrón fáctico que le permitió a la Corte resolver este caso utilizando el precedente fijado en la Sentencia SU-510 de 1998, dicha corporación precisó que sí había un he-

cho nuevo diferente y relevante, a saber, el desplazamiento libre y consciente³⁰ de un amplio número de miembros de dicha comunidad (entre 60 y 70 familias arhuacas muy numerosas) hacia la vereda Palmarito, perteneciente al municipio de Pueblo Bello, Departamento de Cesar, que si bien constituye un “*espacio geográfico que la tradición arhuaca considera que es “zona de ampliación”, por tener un significado sagrado dentro de su cultura,...* en estricto sentido no forma parte del Resguardo propiamente dicho”.

El citado desplazamiento, la Corte lo enmarcó en un posible desconocimiento del “derecho “*a no ser desterrados*”, ya que, en razón de sus creencias han sido forzados a emigrar con sus familias por fuera del territorio del Resguardo arhuaco, lo cual les ha originado una situación de vulneración de su vida en condiciones dignas”. La vulneración de la vida en condiciones de dignidad se explica por cuanto en los sitios de llegada, vereda Palmarito, estos indígenas no tenían servicios públicos, ni la atención médica y el estudio que les brindaba su resguardo (aspectos estos dos últimos que la Corte descartó porque no se allegó prueba o constancia alguna de su negación, además porque tampoco obraba prueba alguna de que se les hubieren retirado por el simple hecho de haber adoptado otra religión)³¹, además de ne-

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

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

31 Expresamente concluyó la Corte que: “*Así pues, no resulta claro que dentro del resguardo se les nieguen a los indígenas pentecostales los derechos a la salud o a la educación, y las quejas en este sentido se refieren más bien a la calidad, a la naturaleza del servicio o a la manera en la que les es prestado. Por lo cual, como sucede con la denuncia relativa a las supuestas sanciones por el solo hecho de ser cristianos, la Sala no encuentra*

El desplazamiento, la Corte lo enmarcó en un posible desconocimiento del “derecho “a no ser desterrados”, ya que, en razón de sus creencias han sido forzados a emigrar con sus familias por fuera del territorio del Resguardo arhuaco, lo cual les ha originado una situación de vulneración de su vida en condiciones dignas”.

gárseles cualquier tipo de participación en las transferencias que giraba el Estado, generando todo ello una insatisfacción de las necesidades básicas.

El posible destierro también lo descartó la Corte al considerar que las familias arhuacas que dejaron el resguardo, lo hicieron como *“individuos que han nacido dentro de una cultura indígena tradicional no tienen el deber de permanecer dentro de ella durante toda su vida...para desarrollar un proyecto de vida que responda a sus convicciones morales”*, pues solo de esta manera *“puede afirmarse que en cabeza de los miembros de las comunidades indígenas existen la libertad religiosa, de cultos, de conciencia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad”*. Sin embargo, al advertir la

probada una vulneración seria de derechos fundamentales que deba ser objeto de protección mediante una orden emitida por el juez de tutela”.

Corte una afectación latente del mínimo vital de subsistencia de estas familias indígenas “desertoras”, ordenó al Estado satisfacer las necesidades básicas esenciales de las mismas y destinar parte de los recursos del sistema nacional de transferencias dedicados a ese cometido para que *“beneficien también a la población arhuaca evangélica recientemente radicada en Pueblo Bello”*.

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

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

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

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

1. Universalidad de los derechos humanos.
2. Naturaleza de los derechos humanos y sus bases morales juridificadas.
3. Derechos Colectivos y Minorías Indígenas en Colombia - Justificación del individualismo frente a los derechos

concedidos a las minorías étnicas indígenas.

4. Normatividad internacional.

1. Universalidad de los derechos humanos en Colombia

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

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

Aun hoy y a pesar del exterminio indígena a manos de los españoles, en el territorio nacional coexisten 87 comunidades indígenas³²

32 Datos consultados en la web <http://www.dhco-lombia.info/spip.php?article681>. Del caso anotar que en la misma dirección web, agremiaciones indígenas cuestionan que: "En Colombia perviven 102 pueblos indígenas debidamente ilustrados por fuentes documentales. Algunos de estos pueblos son reconocidos por el Estado a través de instituciones como la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, el DNP, el Ministerio de Defensa, el Incodec y el Dane, a partir de relaciones propias que incluyen y excluyen pueblos indígenas de acuerdo a intereses y políticas de gobierno".

con una población total para Colombia de 1.378.884 personas y una población indígena asentada en resguardos de 933.800 individuos que incluye resguardos contemporáneos y los históricos de origen colonial y republicano³³ y, que con diferentes grados de culturización han ido poco a poco integrándose a la sociedad mayoritaria. No obstante dicho proceso de integración, estas 87 comunidades siguen conservando y practicando en mayor y menor grado algunas costumbres, tradiciones y ritos ancestrales que las identifican y las diferencian del medio social en el que se desarrolla la vida en sociedad mayoritaria.

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

Así por ejemplo, la Constitución Política de 1991 les reconoció: la oportunidad de tener una circunscripción electoral especial a través de la cual dos indígenas pueden llegar al Senado y uno a la Cámara de Representantes; la facultad de convertir sus territorios en entidades territoriales indígenas como un escalón más dentro de nuestro esquema de ordenamiento territorial; permisividad para que en el manejo de sus asuntos internos gozaran de autonomía e incluso tuvieran la potestad jurisdiccional³⁴ y

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

Si bien estas comunidades indígenas manejan unos valores y principios que difieren de los de la población mayoritaria, debe tenerse en cuenta que dentro de nuestro marco normativo, la Constitución Política reconoce derechos fundamentales a todas las personas

zado en forma de República Unitaria donde coexisten los principios de la centralización política y la descentralización administrativa, pero en virtud de la autonomía entregada a las comunidades indígenas, la excepción en materia de administración de justicia la constituye la posibilidad otorgada a estos grupos de impartir justicia de acuerdo a sus usos y costumbres con la única limitante de respetar o de no permitir dentro de su cosmovisión actos de tortura, ni someter a sus miembros a la esclavitud y siempre y cuando en el ejercicio de su potestad sancionadora se sigan los principios de legalidad (que sus usos y costumbres permitan a los indígenas saber de antemano que conductas sería reprochadas y castigadas por la comunidad) y debido proceso (de igual manera, saber de antemano según sus usos y costumbres cuales serían los pasos a seguir para imponer una sanción de tipo jurisdiccional).

33 Ibídem donde se citan datos del Dane año 2005.

34 Colombia es un Estado Social de Derecho organi-

sin distinción de sexo, raza, religión, origen e ideología, lo que hace posible afirmar que los individuos que forman parte de un grupo étnico también gozan del reconocimiento y protección de dichos derechos por parte del Estado y que cualquier renuncia a su ejercicio, o mejor dicho, cualquier renuncia racional a la injerencia que pueda tener el Estado en la protección de los mismos, tan solo compete tomarla al individuo mismo (en nuestro caso el miembro de la comunidad indígena), siempre que no se ponga en peligro la existencia del grupo o comunidad o se alteren los elementos esenciales que dan forma a ella, como lo son las autoridades ancestrales, sus tradiciones, sus usos, costumbres, lengua, religión o modelos económicos, trabajo comunitario y jurisdicción.

En ese orden de ideas, en algunos eventos no es fácil encontrar unos valores mínimos aceptables por todos los habitantes del territorio nacional, pues nuestra conformación pluriétnica y multicultural así lo atestiguan, razón por la cual no existe un consenso nacional que permita hablar de la existencia de la universalidad de unos derechos humanos en Colombia, puesto que existen comunidades a quienes en virtud del multiculturalismo y su cosmovisión de la vida, en el decir de la Corte Constitucional, no se les puede exigir la adopción de comportamientos sociales mayoritarios y específicamente el respeto de algunos derechos fundamentales según la cosmovisión occidental, salvo el respeto al núcleo esencial de los mismos³⁵. Luego, aunque el estado asuma compromisos internacionales en materia de derechos humanos no podemos descono-

cer nuestra realidad étnica y el respeto a la diferencia, marco dentro del cual, el reconocimiento de su existencia se convierte en adalid del quehacer jurídico y político a fin de preservar nuestras comunidades indígenas y, con ello, nuestras raíces en procura del respeto por nuestros orígenes.

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

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

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

Dichas exigencias morales, justificadas en unos valores básicos racionales contruidos a través de la historia en occidente y que tienen soporte en la idea de dignidad humana (Peces Barba, 1994) de libertad e igualdad, que son la raíz de los derechos humanos, las encontramos reconocidas o positivizadas en el ordenamiento jurídico Colombiano para todas las personas sin hacer mención a ningún tipo de excepción, en virtud de la pertenencia a un grupo racial o étnico, sin importar su grado de civilización y, desde ese punto de vista, es posible hablar de una universalidad en Colombia de los derechos fundamentales³⁶.

Quienes sostienen este argumento, desconocen que el derecho a la diferencia y a la identidad de los pueblos es consustancial a ellos mismos, que la construcción liberal del individuo moderno, olvida que los hombres pertenecen a una comunidad, que allí forjan su lengua, religión, usos, costumbres y hasta la idea de bien y mal. En igual sentido, la mayoría de autores llamados comunitaristas enfocan su crítica a la concepción liberal de los

derechos y de la justicia, tomando como punto de partida al sujeto, a quien no ven como un individuo aislado, atomizado, capaz de elegir racionalmente principios universales e imparciales de justicia y desprovisto de identidad o desafectado de influencias colectivas. Por el contrario, para ellos, el individuo que reclama su participación a la hora de la distribución del acervo colectivo, es precisamente un sujeto colectivo, estructurado y forjado al interior de unas instituciones que lograron imponerle un lenguaje, una visión moral, religiosa, filosófica y política del mundo; un ser con pertenencia a un grupo determinado con el que se identifica y en el que expresa su propia vida, sus esperanzas, su idea de bien y sus planes racionales de vida.

Sobre esta base, el comunitarismo acusa al liberalismo de tratar al sujeto de la justicia y los derechos humanos como un ser deshumanizado, aislado y asocial, alejándolo del único espacio donde se puede hablar de justicia: la sociedad. No podemos olvidar entonces que el yo es una construcción que tiene su fuente en las prácticas sociales, en las tradiciones, en el universo de significantes y significados que el lenguaje le ha legado y donde adquiere su propia identidad³⁷.

c) Por otra parte, el proceso de especificación de los derechos pro indígenas que se adelanta en Colombia desde 1991 tiene la finalidad, como punto de llegada³⁸ y no de

36 “Para mantener la imprescindible idea de universalidad a priori hay que elevarse desde las pretensiones morales concretas que respaldan cada derecho, a la moralidad genérica que respalda al conjunto de los derechos. quiero decir que una afirmación sobre la universalidad se puede hacer desde la moralidad de los derechos, que es la idea de dignidad humana y de los grandes valores de libertad, igualdad, de seguridad y de solidaridad, que de una forma y otra han estado siempre presentes en la historia de la cultura, aunque es indudable que las grandes formulaciones han aparecido principalmente, aunque no exclusivamente en la cultura europea y occidental. La universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines, y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada). La universalidad a priori es de esa ética pública de la modernidad que es la ética de la democracia (principios de organización del poder) y de los derechos humanos”. Peces Barba, Gregorio. *La Universalidad de los Derechos Humanos*. Doxa, 15-16, 1994, p. 625.

37 Al respecto véase: Echeverry Yesid y Jaramillo Jefferson. *La justicia como problema político. Del constructivismo moral kantiano al constructivismo político rawlsiano*. En: Revista Eidos, N° 11, Barranquilla, 2009.

38 “...la universalidad como punto de llegada distingue entre el ser y el deber ser. En el ser, en la realidad de muchas relaciones sociales la desigualdad impide que se pueda hablar de universalidad, o, si lo vemos desde otra perspectiva, que la moralidad básica de los derechos –libertad, igualdad, solidaridad y seguridad–, de la que se predica la universa-

partida³⁹, de compensar y nivelar a las comunidades indígenas históricamente excluidas y desprotegidas en sus condiciones de existencia social, sin poder olvidar que las mismas se componen de individuos de raza humana, también racionales y es precisamente respecto de estos, para su beneficio y goce (sin ellos no habría comunidad), que se busca instaurar un conjunto de derechos fundados en el valor de la igualdad a través de la técnica de equiparación⁴⁰ que conlleva un trato desigual con un objetivo específico que es igualar, es decir, un objetivo positivo en pro del individuo que forma parte de un colectivo. En otras palabras, lo que persiguió el constituyente de 1991 fue la nivelación o la posibilidad de equiparar a los indígenas en materia de derechos frente a los demás miembros del Estado, pues se produjo un movimiento que tocó las puertas de los más diversos espacios en procura de la lucha por el reconocimiento de la autonomía indígena y del respeto por sus usos y tradiciones, lucha que llevó al movimiento indígena a lograr una

participación directa en la Asamblea Nacional Constituyente y, desde ese espacio, validar su disputa por los medios formales del derecho, lucha que, entre varias otras acciones, ya había tenido lugar en otros ámbitos.

Al respecto, autores como Peces Barba, entre otros, señalan que: “El gran descubrimiento cultural, a raíz de los derechos económicos y sociales, y después por imitación de los colectivos marginados o de las personas situadas en relaciones sociales de inferioridad, es la utilización de los derechos fundamentales para resolver esos problemas, atribuyendo derechos a esos colectivos específicos con la finalidad de restablecer la igualdad, a través de las técnicas que algunos llaman discriminación inversa”⁴¹. Sin embargo, las acciones afirmativas solo constituyen una especie de reconocimiento de las necesidades y prioridades de las comunidades minoritarias, pero no dice nada respecto del imperialismo cultural que se sigue ejerciendo sobre de las culturas subordinadas o minoritarias. De allí que la lucha por el reconocimiento de tales comunidades se expanda a otros ámbitos más allá del simple plano jurídico.

d) La decisión de la Corte Constitucional (especialmente la Sentencia SU-510 de 1998) es fuertemente criticada por posiciones liberales afirmando que ella desconoce la universalidad de los derechos humanos fundados en la dignidad humana y en valores básicos como la libertad e igualdad positivizados en la Constitución Política de 1991 y, porque retrotrae la evolución de la concepción de los derechos a la libertad de expresión, religión y culto de los miembros de las comunidades indígenas, situándolos en contextos medievales donde el poderoso gobernante determinaba la forma de vida de los súbditos, pues él era quien tenía el conocimiento supremo de lo que era mejor

lidad racional, pueda afectar a esas situaciones. Lo que se genera de la comparación entre esa moralidad básica y esa realidad de desigualdad de determinados colectivos, es la toma de conciencia de la necesidad de acciones positivas para superar esa situación y restablecer el equilibrio, entre aquellas que pueden, por sí mismos, resolver sus problemas de educación, salud, de seguridad social, de vivienda, etc., y que no se encuentran en relaciones sociales de inferioridad (mujeres, niños, minusválidos, etc.), con los que son incapaces por sí mismos de satisfacer una serie de necesidades básicas o de actuar en las relaciones sociales en condiciones de igualdad”. Peces Barba, Gregorio. *La Universalidad de los Derechos Humanos*. Op. Cit. P. 629.

39 “Si limitamos la universalidad a esa dimensión aquí dibujada como universalidad del punto de partida, tendríamos que negar ese rasgo a los derechos situados en el ámbito del proceso de especificación, incluidos los derechos económicos y sociales del XIX, puesto que su desarrollo de la moralidad básica, no se concreta en una titularidad de todas las personas, sino solo de colectivos concretos”. Peces Barba, Gregorio. Op. Cit. pp. 629, 630.

40 Peces Barba, Gregorio. Op. Cit. P. 626.

41 Ibídem, p 630.

para el pueblo, es decir, desconoce la moralidad de llegada y la transforma en una moralidad atípica. Sin embargo, al hablar desde una concepción “universalista” que parece ser atemporal y desdibujada de espacios, como si se tratara de una jurisdicción sin raigambre o asiento en una cultura determinada, es precisamente lo que se le critica, pues el aquí y el ahora son los espacios y el momento sobre los que debe tratarse el problema de los derechos, ya que las comunidades son de carne y hueso, arraigadas en un territorio, con costumbres y prácticas determinadas, un lenguaje concreto y creencias y valores objeto de regulación. La concepción universalista de los derechos peca por ausencia de un contexto en el que se mueven los actores y sujetos a regular, es un sistema del cual, aparentemente no participan quienes van a ser los directamente perjudicados con los cánones jurídicos. Se legisla como si se tratara de un conjunto homogéneo de seres con necesidades iguales, identidades similares y sin diferencia alguna.

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

En este sentido, la Corte Constitucional encuentra como límites válidos a la protección de los derechos colectivos a la diversidad étnica, la prohibición de la tortura (depende de la cosmovisión de las culturas indígenas y el significado que puedan tener los castigos físicos), el debido proceso y el principio de legalidad vistos no desde la cultura occidental sino desde sus propios usos y costumbres, así

como la intangibilidad del núcleo esencial de los demás derechos, siendo muy abstracto éste último condicionante, que se diluye fácilmente a la hora de confrontarlo con el principio de maximización de la autonomía indígena.

2. Derechos colectivos y minorías indígenas

a) La idea moderna de derecho hace referencia a la abstracción del sujeto humano bajo la figura de persona, una entidad desprovista de género, ideología política o religiosa, sobre la que reposa la más variada gama de prerrogativas conquistadas por las revoluciones burguesas, pues la idea individuo, al decir de Hegel, obtiene su reconocimiento no en el Estado sino en un momento ético anterior, en la sociedad civil, pues allí es donde el hombre se enfrenta a los demás y pone ante sí mismo todo su potencial para superar el sistema de las necesidades que se le presentan y que debe satisfacer, dado que en la institución de la familia el individuo no podía ganar libertad y conocer su singularidad por estar preso del sentimiento y de los lazos de la tradición que lo ataban a la *gens* o al *pater familiae*, es solo cuando la sociedad alcanza un nivel de desarrollo que puede y se propician las condiciones para el surgimiento del individuo como actor en la escena del mercado y como ciudadano en el terreno de la política.

En este sentido, huelga resaltar que si bien los derechos humanos fueron pensados o “reconocidos” en función de la persona individualmente considerada, hoy día se reconocen también derechos de los cuales no es titular la persona humana sino un grupo de individuos colectivamente considerados⁴². En otras pala-

42 “El titular de un derecho es quien se encuentra en una posición jurídica que puede ser justificada mediante razones válidas y suficientes. Que sea el indi-

bras, la noción de persona que representaba el derecho liberal se ha ampliado y cobija hoy a grupos étnicos y culturales como sujetos de derechos fundamentales. Prerrogativas sobre las que se han estipulado varios intentos de definiciones, entre ellas la de Rodolfo Arango, para quien son aquellos que “tienen como finalidad el aseguramiento de beneficios que solo pueden ser disfrutados de manera colectiva. Ello porque el beneficio del que se trata en el caso de los derechos colectivos no es un bien divisible. Es el caso de la autodeterminación política. A la inversa, los derechos que pueden ejercerse individualmente, no son derechos colectivos”⁴³.

La existencia de estos derechos colectivos no ha tenido plena aceptación y, todavía hoy, es discutida su validez cuestionándolos como un estadio de la evolución humana ampliamente superado en favor del individualismo y en contra del despotismo, que necesariamente llevarían a que, en un momento dado, los derechos o intereses colectivos puedan constituirse en negaciones de derechos individuales, lo cual, en palabras de algunos, ya no es concebible⁴⁴.

Por otra parte hay quienes pugnan por razones morales que justificarían los derechos colectivos con la finalidad de preservar una de-

terminada cultura o etnia minoritaria en una sociedad⁴⁵, pero ello debe hacerse de manera cuidadosa, vigilando que el individuo no se convierta en un medio que lleve a un fin, pues el individuo por sí mismo es un fin conforme al postulado kantiano de dignidad humana, recordando también, que el mismo Kant, resaltó el papel del mundo de los fines donde cada hombre está moralmente obligado a ayudar a realizar los fines del otro como si se tratara de un fin común. Quizá esta idea del reino de los fines sea la que alimente con mayor audacia la noción de derechos colectivos, pero es necesario advertir que muchos de los críticos de los derechos fundamentales colectivos confunden el todo con la parte y no han podido superar el artificio de la razón que inspiró a los contractualistas para pensar la sociedad como una sumatoria de individuos, donde cada uno constituía una parte esencial, libre e igual en la conformación del Estado. Ello obliga a recordar que el Estado debe limitar su potencial civilizatorio reconociendo las culturas nacionales y las diferencias étnicas. La neutralidad cultural del Estado no existe, situación que lo ubica como portador de una nación y una cultura específica que, en últimas, termina imponiéndose y creando formas de injusticia frente a otras naciones y culturas no estatales o minoritarias. El reconocimiento consiste en propiciar las condiciones de igualdad a las culturas societales y nacionales para que logren alcanzar el autogobierno en condiciones de equidad. En otras palabras, los derechos colectivos tienen como pretensión el reconocimiento, la conquista de la potencialidad total de la na-

viduo principalmente quien se beneficia con las posiciones aseguradas jurídicamente, no significa que los derechos atañen exclusivamente a individuos. También grupos de individuos pueden ser titulares de derechos.... todos los derechos individuales son derechos subjetivos, pero no todos los derechos subjetivos son derechos individuales... Hay por lo menos una subclase de derechos subjetivos. Se trata de los derechos colectivos”. Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Editorial Legis. Primera edición. p. 72.

43 Ibídem, p 80.

44 Al respecto Véase: Hábermas, J. *La inclusión del otro*, Editorial Paidós, Barcelona, 1999, pp. 189, 190 y 191.

45 En este sentido: Taylor, Charles. *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Editorial Paidós, 1994. Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la ética del reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica, México, 1993. Taylor, Charles. *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*. Barcelona: Paidós, 1996. Walzer, M. *Las esferas de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001. Sandel, Michael. *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000.

ción, esto es, brindar las condiciones de poder y gobierno para que una cultura societal pueda llegar equitativamente al diálogo con otras culturas nacionales y se dé la fusión de horizontes. En el fondo, se trata de lograr unas interacciones entre culturas minoritarias y mayoritarias en un plano de mínima desigualdad, pues el Estado junto con sus instituciones y poderes se constituye en el garante de la existencia de las culturas, esto significa que el Estado, o mata la cultura minoritaria al no reconocer derechos fundamentales colectivos en procura de su existencia como unidad étnica o, renuncia a la cultura mayoritaria admitiendo la existencia de dichas comunidades y otorgando los citados derechos por encima de los postulados individuales de sus miembros. De allí que sea necesario reconocer el derecho a las comunidades étnicas para equipararlas o igualarlas a las culturas dominantes o nacionales practicadas por las mayorías.

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

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

Las restricciones internas son aquellas normas que limitan la libertad del individuo en nombre de la solidaridad grupal o en procura de la conservación de la comunidad étnica. Estas reglas, generalmente no son apetecidas por los ordenamientos jurídicos modernos cuya atención se centra más en la noción de individuo que en la de grupo, pues devienen de la tradición liberal occidental. Luego en caso de conflicto entre un individuo y las normas grupales, se le asigna prioridad al derecho fundamental individual, sin embargo, en la actualidad y gracias al avance del multiculturalismo, se han venido presentando importantes apuntes con miras a privilegiar el todo sobre la parte, otorgándole la razón al grupo y permitiendo que este regulé hacia el interior, es decir a sus miembros. Por el contrario, las *external protections* (limitaciones externas) no constituyen amenaza para los derechos individuales de los miembros de un grupo determinado, pues están dirigidas a la protección de las identidades colectivas de grupos étnicos, raciales o nacionales frente al ejercicio de derechos individuales que las puedan afectar.

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

Ahora bien, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha reconocido que las comunidades indígenas que habitan nuestro territorio nacional son titulares como cuerpo colectivo de algunos derechos fundamentales⁴⁶, como por ejemplo el derecho a la subsistencia, a la integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva y a participar en las decisiones de las autoridades que los puedan llegar a afectar, especialmente si tienen que ver con la explotación de recursos naturales en los territorios que habitan y, así mismo ha reconocido que esta discriminación positiva constituye el mínimo necesarios para garantizar su preservación como diversidad étnica y cultural.

El reconocimiento de estos derechos colectivos a los pueblos indígenas⁴⁷ significa un intento de compensación moral en favor de

comunidades indígenas que, a pesar de haber ocupado ancestralmente nuestro territorio nacional, fueron arrasadas, conquistadas, colonizadas, sus tradiciones y cultura combatidas hasta exterminar algunas de ellas y poner en cuarentena otras. Ese proceso de aculturización⁴⁸ y de discriminación de dichas comunidades, se ha querido revertir en la Constitución Política ordenando la adopción de medidas necesarias para la recuperación, preservación y promoción de dichas culturas, de allí la contemplación de acciones afirmativas que protejan los grupos y logren atender a su robustecimiento cultural, político y jurídico.

3. Marco jurídico internacional

A nivel internacional no puede desconocerse que también existe una preocupación por la suerte, existencia y preservación de las culturas indígenas. “El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales, el Convenio 169 de 1989, es una manifestación destacada del derecho internacional contemporáneo en relación con las demandas de los pueblos indígenas”⁴⁹. En este convenio se reconocen ciertos márgenes de autonomía en la medida que propician el control y manejo de sus propias instituciones, tanto a nivel jurisdiccional como territorial y político, contemplando como obligación para los Esta-

46 Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993.

47 “Los pueblos indígenas han reclamado el reconocimiento de derechos de carácter colectivo, derechos de raigambre histórica, y no ya a los individuos o a los estados”. Anaya, S. James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Editorial Trotta. p. 99.

48 “En Brasil, la legislación colocó a los indios bajo la tutela del estado y puso en funcionamiento programas gubernamentales para gestionar sus asuntos y facilitar su adopción de hábitos eurobrasileños. En Venezuela, la Ley de Misiones de 1915 delegó en la Iglesia católica la misión de “civilizar” a los indios y de persuadirles para que adoptaran un modo de vida sedentario. En misma línea, la Constitución de Argentina de 1853 delegó al Congreso el poder para mantener relaciones específicas con los indios, y para alterar su conversión al catolicismo”. ANAYA, S. James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Op. Cit. P. 74.

49 Ibídem, p. 96.

dos el brindar un presupuesto para que dicha autonomía no se quede en el papel como una aspiración retórica.

Con menor fuerza vinculante para los Estados, la “conferencia celebrada en San José, Costa Rica, adoptó una declaración afirmando el derecho inalienable de los pueblos indígenas a consolidar su identidad cultural y a ejercer la autodeterminación”⁵⁰. Así mismo, “el parlamento Europeo adoptó otra resolución en 1994 sobre las medidas internacionales necesarias para una protección efectiva de los pueblos indígenas. La resolución de 1994 mantiene que los pueblos indígenas tienen el derecho a ser dueños de su propio destino eligiendo sus instituciones, su estatuto político y el de su territorio”⁵¹.

También el artículo 27 de la Convención Americana de los Derechos Humanos al consagrar el derecho a la integridad cultural tanto de los individuos como de los grupos ha impulsado diversos pronunciamientos por parte del Comité de derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos. “Ambos órganos han establecido que la norma ampara todos los aspectos de la supervivencia de un grupo indígena como constitutivo de una cultura diferenciada, en el entendimiento de que la cultura incluye instituciones económicas o políticas, patrones de uso de la tierra, así como la lengua y prácticas religiosas”⁵².

Colombia también ha sido participe de este proceso internacional en favor de la protección de las culturas indígenas, ello puede observarse en la “Declaración de Colombia en Nombre

del Grupo Latinoamericano y el Caribe” en la cual se señaló que: “*En América Latina existe un proceso de reconocimiento del papel jugado por las culturas indígenas en la definición de nuestra identidad, un proceso que toma la forma de medidas del Estado, por respeto de las culturas indígenas, la devolución de las tierras indígenas, la administración, y justicia indígena y la participación en la definición de los asuntos gubernamentales, en especial en cuanto concierne a sus comunidades. En el marco de la unidad estatal, este proceso está caracterizado por la consagración en algunas constituciones del carácter multiétnico de nuestras sociedades*”⁵³. Como puede verse, el derecho internacional se ha preocupado por el reconocimiento del derecho colectivo en favor de minorías, especialmente étnicas.

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

5. Conclusiones

Los derechos humanos como libertades *universales*, fueron pensados en función del individuo y no de los grupos, razón por la cual al comparar las facultades que estos conceden a las personas individualmente consideradas, pueden reñir con las pretensiones de carácter grupal o colectivo de las comunidades a las que estos sujetos pertenecen, es así como encontramos la libertad de culto que posibilita a un miembro de una comunidad étnica, practicar distintos ritos y celebraciones, donde se impone la obligación de respetar o resguardar

50 Ibidem, p. 107.

51 Ibidem, p. 121.

52 Ibidem, p. 185.

53 Declaración de Colombia en nombre del grupo Latinoamericano y del Caribe en la Conmemoración del Año Internacional de las Poblaciones Indígenas. Conferencia mundial de Derechos Humanos. 18 de junio de 1993.

un día en la semana, por considerar que es de exclusiva dedicación a la deidad o divinidad, impidiendo al miembro cumplir con obligaciones comunales, cual es el caso en que se prohíbe el trabajo los días sábados para dedicarlos a la adoración y respeto de su dios, sin embargo, ese día, por tradición comunal, se deben realizar actividades comunitarias como la *minga* o labores en provecho de toda la colectividad o, de otra parte, la práctica de rituales y el seguimiento de ciertas creencias pueden atentar, incluso, contra la identidad colectiva y los usos o costumbres que constituyen la razón de ser de la comunidad étnica, como el uso de vestidos, collares, tatuajes o emblemas que hacen parte de la singularidad de la comunidad diferenciándola de otras etnias o comunidades culturales. En estos casos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dividido favoreciendo, en algunas oportunidades a los individuos y, en otras a las agrupaciones culturales.

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

De allí, que con el propósito de preservar y mantener la identidad cultural, se deba brindar especial protección a la comunidad étnica, armonizando los derechos individuales y colectivos hasta constituir una categoría de derechos colectivos fundamentales, cuando se trate de la existencia o identidad cultural de grupos minoritarios, los cuales se ven amenazados

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

Bibliografía

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

- Corte Constitucional, Sentencia T-1022 de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia T-811 de 2004.
- Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 2008
- Echeverry, Yesid y Jaramillo Jefferson. *El concepto de justicia en Rawls*. En: Revista Científica Guillermo de Ockham, Vol. 4, N° 2, Cali, julio-diciembre de 2006.
- _____. *La justicia como problema político. Del constructivismo moral kantiano al constructivismo político rawlsiano*. En: Revista Eidos, N° 11, Barranquilla, 2009.
- Fisk, Milton. *Bienes públicos y justicia radical. Una moralidad política para la resistencia solidaria*. Programa Editorial Universidad del Valle, Cali, 2004.
- Grueso, Delfín. *La determinación histórica y contextual de la filosofía de John Rawls*. En: García Jaramillo, Leonardo (Editor) *John Rawls. El hombre y su legado intelectual*. Manizales: Universidad de Caldas, 2004.
- Hábermas, J. *La inclusión del otro*, Editorial Paidós, Barcelona, 1999, pp. 189, 190 y 191.
- Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural*. Editorial Paidós, Barcelona, 1996.
- Peces Barba, Gregorio. *La Universalidad de los Derechos Humanos*. Doxa, Vol. 15-16, 1994.
- Sandel, Michael. *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000.
- Taylor, Charles. *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Editorial Paidós, 1994.
- _____. *El multiculturalismo y la ética del reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- Taylor, Charles. *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*. Barcelona: Paidós, 1996.
- Walzer, M. *Las esferas de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.



Improcedencia de la caducidad en las acciones resarcitorias por delitos de lesa humanidad

*Juan Esteban Montoya Hincapié**

“Ganamos justicia más rápidamente si hacemos justicia a la parte contraria”.

Mahatma Gandhi .

Resumen

Las acciones resarcitorias consagradas en la jurisdicción colombiana, señalan la existencia de términos de caducidad para su interposición. Esta situación se ha sustentado en el principio de seguridad jurídica, sin embargo; la dinámica del derecho y la creación contemporánea de presupuestos axiológicos determinadores de la preponderancia de la dignidad humana, han ocasionado el surgimiento de nuevas tesis que realzan el valor de la persona y fundamentan las relaciones de poder. En este sentido, y dado el desarrollo dogmático y jurisprudencial que frente a los crímenes de lesa humanidad, se ha presentado a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial, así como la valoración deontológica del ser humano en la administración de justicia, hoy podemos aseverar con fundamento en el núcleo duro internacional de derechos humanos,

* Abogado, candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta.

que las víctimas de crímenes de lesa humanidad no pierden en ningún momento la facultad de acudir al ordenamiento jurídico en procura de resarcir los derechos conculcados.

Palabras clave: Bloque de constitucionalidad, caducidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, crímenes de lesa humanidad, derechos humanos, jurisprudencia, prescripción, reparación integral, tratados internacionales, víctima.

Abstract

The actions instituted to recover enshrined in the Colombian domestic jurisdiction, indicate the existence of expiration terms for filing the same. This situation has been based on the principle of legal certainty, however, the dynamics of law and creating budgets postmodern determiners axiological preponderance of human dignity, have caused the emergence of new thesis that enhance the value of the person and underlying power relations.

In this sense, given the dogmatic and jurisprudential development from crimes against humanity has been presented as the culmination of the Second World War and the ethical evaluation of human beings in the administration of justice, we can now assert on the basis of the core international human rights, victims of crimes against humanity not at any time lose the right to go to the law in an attempt to compensate the violated rights.

Key words: Constitutionality block, expiration, American Human Rights Court, crimes against humanity, human rights, jurisprudence, prescription, reparations, international treaties victim.

Introducción

Las normas de derecho internacional vinculantes para Colombia y adheridas a nuestro ordenamiento jurídico prevalentemente por vía del bloque de constitucionalidad, señalan la imprescriptibilidad de las acciones penales y civiles de reparación para los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos; tesis que tiene valor constitucional, y que incluso, ha empezado a ser incorporada por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado como más adelante se observará.

Los tratados internacionales que se usarán en el presente artículo, hacen parte del bloque de constitucionalidad, ello en razón de lo consagrado en el artículo 93 de la Carta Política, y en ese sentido, adquieren un valor prevalente frente a las normas que consagran la caducidad de las acciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Igualmente se señala el poder vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Sentencia C-370, 2006).

En este orden de ideas, tenemos que determinar el argumento central, es decir, la imprescriptibilidad de las acciones de reparación cuando se trate de crímenes de lesa humanidad.

Desarrollo normativo y jurisprudencial

La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad se ha consagrado después de la Segunda Guerra Mundial como un principio de derecho internacional. Es así, como la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante Resolución 98 (I) de 1946, confirmó el conjunto de principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg; y entre tales principios se encuentra la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

Por otra parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), firmado y ratificado por Colombia¹, señala en su artículo 29 que “[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán” y en este sentido, tal y como lo advierte el Profesor Gonzalo Aguilar Cavallo, “el estatuto no distingue entre acción penal y acción civil, solamente reconoce la imprescriptibilidad del crimen internacional” (Aguilar Cavallo, 2009).

En concordancia con lo anterior, y atendiendo al carácter superior de la imprescriptibilidad de las acciones de reparación cuando se trate de crímenes de lesa humanidad, es importante tener en cuenta que el propio Estatuto de Roma en su artículo 75 consagra el principio de reparación integral a las víctimas; conquista que emerge de la propia naturaleza de la institución de la reparación y, en consecuencia, se erige como un derecho inalienable de las víctimas, mientras que correlativamente impone obligaciones resarcitorias a cargo del Estado.

1 Colombia firmó el Estatuto de Roma el 10 de diciembre de 1998 y ratificó el 5 de agosto de 2002, convirtiéndose en el Estado Parte número 77. Al ratificar, Colombia emitió una declaración rechazando la jurisdicción de la Corte respecto de los crímenes de guerra, de acuerdo a los parámetros establecidos bajo el artículo 124 del Estatuto.

El hecho de que los crímenes internacionales sean inmunes ante la caducidad y la prescripción, encuentra su sustento en la propia naturaleza de estos tipos de crímenes, pues estos no atacan solo contra un individuo o grupo de individuos en particular, sino que por el contrario atacan contra el conjunto de valores más preciados de la persona, resquebrajando las relaciones sociales y sometiendo a la propia humanidad a la ignominia que se desprende de la barbarie, y en este sentido, es importante tener en cuenta que, como afirma Mayer “[l]a humanidad es el ideal de la ética y la idea del derecho” (Mayer, 1937).

Otra de las principales razones para proscribir la inoperancia de la caducidad en los crímenes internacionales (de guerra y de lesa humanidad), radica en la lucha contra la impunidad, máxime cuando esta es un motivo de revictimización y de precarización en la administración de justicia, por lo que este concepto abarca la acción penal y la civil o resarcitoria, lo cual en el caso doméstico se traduce en el medio de control de reparación directa de conformidad con la Ley 1437 de 2011.

Frente al punto anterior, el Relator de Naciones Unidas Louis Joinet, en su informe final acerca de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos civiles y políticos, definió la impunidad como “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, **así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas**” (Negrita por fuera del texto original) (Joinet, 1996).

El mismo relator propone en el principio 27 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Huma-

nos mediante la lucha contra la impunidad que: “la prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme al derecho internacional que sean de naturaleza imprescriptibles. **Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener una reparación**” (Negrita por fuera del texto original) (ONU, 1997).

En complemento con lo anterior, debe observarse que, como bien lo advierte el artículo 37 del mismo documento, “Tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz, que incluirá las restricciones que a la prescripción impone el Principio 27; en el ejercicio de dicho recurso, debe beneficiarse de una protección contra actos de intimidación y represalias”.

La imprescriptibilidad de las acciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias frente a los crímenes de lesa humanidad, es una norma de derecho internacional, la cual en un principio fue consuetudinaria, pero hoy en día ostenta un carácter positivo, siendo reconocida además en reiterada jurisprudencia internacional proferida por diferentes Cortes regionales y universales de protección de los derechos humanos.

De esta manera, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que

“[...] Los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. [...] Aún cuando el Estado no haya ratificado dicha Convención [sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad], esta Corte considera que **la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de**

Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, el Estado no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”. (Caso la Cantuta Vs. Perú, 2006).

Como se puede observar, la Corte eleva al carácter *ius cogens* la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, lo que irradia a los Estados de nuevas obligaciones positivas y negativas en la procura de judicialización por una parte, y reparación por la otra.

En otro sentido, ha sido recurrente el argumento de la seguridad jurídica para justificar la caducidad de las acciones civiles de reparación, sin embargo, tal argumento carece de conceptos sólidos y desarmoniza con los postulados internacionales en materia de derechos humanos, pues desestabiliza el *corpus iuris* internacional de protección de derechos humanos, perpetuando la impunidad en todas sus formas, revictimizando a las víctimas y atentando contra las normas *ius cogens*. Como advierte asertivamente el profesor Aguilar Cavallo “La seguridad jurídica no es un principio absoluto y está sometido al principio de justicia” (Aguilar Cavallo, 2009).

Resulta totalmente válido, y además consecuente, inaplicar el argumento de la seguridad jurídica, pues por encima de él existen los intereses superiores de las víctimas, sabiendo además, que estamos enfrente de valores esenciales de la humanidad y derechos de categoría *ius cogens*; lo que implica indefectiblemente que “el Juez debe resolver en función de la situación más beneficiosa para la víctima, no para el victimario” (Arrau, 2003).

Por lo esgrimido, se puede asegurar, como ya lo ha hecho la doctrina, la normatividad y la jurisprudencia internacional, que la prescripción no es absoluta, y más bien entonces, debe acogerse a un concepto jurídico que armonice con la justicia y las obligaciones internaciona-

les del Estado, las cuales deben ser cumplidas conforme al principio *pacta sum servanda*.

En razón de la anterior premisa que insta al cumplimiento estatal de las obligaciones internacionales de buena fe, es necesario advertir que ello conlleva a que el Estado interprete las disposiciones internas de acuerdo a sus obligaciones internacionales, pues ya ha adquirido un compromiso de buena fe, el cual vincula su cumplimiento ante la comunidad internacional.

Es así como las obligaciones contraídas por el Estado en el marco de las ratificaciones convencionales, consagra no solo su imperativo cumplimiento, sino que además agrega un valor constitucional a las disposiciones internacionales, proponiendo un límite a los actos jurídicos y legislativos internos, los cuales deben ser ajustados a las premisas internacionales. En ese sentido, se reconoce el derecho internacional de los derechos humanos como límite de la acción estatal, lo que Bacigalupo asevera de la siguiente manera: “los derechos humanos reconocidos en las convenciones internacionales constituyen un límite interno de la legitimidad del ejercicio del poder estatal frente a las personas” (Bacigalupo, 2005).

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico interno se reconoce la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ello en cuanto a la acción penal, lo que supone una imprescriptibilidad también para las acciones de reparación integral, pues los principios de coherencia e igualdad así lo sugieren, ello en el entendido que no existen razones objetivas y razonables que sustenten una sola imprescriptibilidad (la de la acción penal), pues de lo contrario estaríamos en presencia de un trato discriminatorio, el cual se agrava por el hecho de recaer en personas en situación de vulnerabilidad, quienes tendrían que padecer una nueva revictimización por parte del Estado.

El reconocimiento de la no operancia de la caducidad también se sustenta en el desa-

rollado principio *pro homine*, hoy concebido como *pro personae* en el seno de la comunidad internacional. Lo anterior se fundamenta en el contenido y alcance de tal principio, el cual no solo es una conquista de la humanidad entera, sino que ha sido principio inspirador de las decisiones de Cortes Internacionales.

La lógica inmersa en el acontecer fáctico del devenir histórico, nos ha demostrado que por regla general los delitos de lesa humanidad son cometidos por personas en situación de poder, lo que induce necesariamente a la aplicación del mencionado principio *pro personae*; de suerte que se pueda materializar un verdadero reconocimiento de la dignidad inherente a la persona, siendo especialmente garante de los derechos básicos del ser humano y reconociendo los presupuestos ontológicos que subyacen del hombre y la mujer.

Por otro lado, los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” de las Naciones Unidas establecen claramente que: “Además del acceso individual a la justicia, los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda”. Igualmente, una lectura integral del documento conduce a entender la reparación como un pilar fundamental el cumplimiento de los derechos de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, esto desde el entendido que ellas merecen un recurso adecuado y efectivo que posibilite un correcto acceso a la justicia, por lo que resultaría contradictoria limitar el acceso jurisdiccional con la prescripción o caducidad.

Igualmente, si realizáramos un ejercicio de derecho comparado, encontraríamos que diversas jurisdicciones del mundo han optado por acoger la tesis de la imprescriptibilidad de

las acciones de reparación por graves violaciones a derechos humanos y comisión de crímenes en contra de la humanidad. A modo de ejemplo, la justicia chilena ha reconocido en su jurisprudencia, inicialmente de la Corte de Apelaciones, y luego por la Suprema Corte, la tesis de la imprescriptibilidad civil.

La acción penal y la acción de reparación, introducida en nuestro ordenamiento como medio de control, lejos de ser excluyentes entre sí, son complementarias, pues el proceso penal y la garantía de judicialización de los victimarios genera una condición reparadora en las víctimas, de suerte, que tal y como lo ha expresado la jurisprudencia interamericana, el proceso penal efectivo hace parte de uno de los elementos de la reparación, por lo que indisolublemente, ambas acciones deben ser imprescriptibles.

Igualmente, la jurisprudencia nacional también ha señalado lo hasta acá esgrimido en cuanto a la inoperancia de la caducidad referente a los crímenes de lesa humanidad. Es así como el Consejo de Estado en un caso trascendental en la garantía de los derechos de las víctimas y la sumisión debida del ordenamiento interno a los mandatos internacionales sobre derechos humanos, decidió revocar una decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia que improbaba una conciliación por la existencia de la caducidad, destacándose que se trató de un homicidio en persona protegida, con lo cual no se encontraba el caso dentro de la excepción de la desaparición forzada de personas. (Consejo de Estado, 2011).

Como bien lo advirtió el Consejo de Estado después de un análisis sistemático y garante de los derechos humanos:

“no era posible aplicar el artículo 136 del CCA, **acudiendo solamente a su tenor literal**, pues el juez no podía, solo con fundamento en la fecha de la

denuncia por la muerte de la víctima y so pretexto de la falta de desarrollo legal en relación con la contabilización del término de caducidad, tratándose de delitos de lesa humanidad como el que ocupa la atención de la Sala, impedir el acceso a la administración de justicia o sustraerse del conocimiento de los asuntos que por ley le han sido asignados.

Lo anterior, **por cuanto se trata de delitos que atentan contra el derecho internacional humanitario que requieren de la especial atención del Estado y respecto de los cuales es difícil determinar una fecha de caducidad.** [...].

Por lo anteriormente expuesto y aunque referido a un delito diferente, es del caso resaltar que con la modificación introducida al artículo 136 del CCA precisamente se pretendió evitar que el término de caducidad en la forma en que se encontraba consagrado, afectara la posibilidad de reparación en delitos de lesa humanidad, concretamente el de desaparición forzada y para el efecto se ampliaron las hipótesis a partir de las cuales se empezaría a contar.

El delito de homicidio en persona protegida, al igual que el delito de desaparición forzada, es un delito de lesa humanidad. [...].

En el asunto objeto de examen la parte actora solicitó la celebración de una audiencia de conciliación prejudicial el 17 de marzo de 2010, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de reparación directa contra el Ministerio de Defensa Nacional y **la sentencia de segunda instancia, dentro del proceso penal se**

profirió el 28 de octubre de 2010. En consecuencia, la eventual acción a intentar no se encontraba caducada como quiera que el acuerdo conciliatorio se realizó el 21 de junio de 2010.

Las razones que anteceden son suficientes para concluir que de los hechos señalados en el escrito de tutela, se deriva la violación del derecho fundamental al debido proceso y el fundamental de acceso a la administración de justicia.” (Negritas por fuera del texto original) (Consejo de Estado, 2011).

Todas las disertaciones anteriores aducidas acertadamente por el Consejo de Estado, son coherentes con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y todos los principios que permean el mismo, de suerte que es evidente, que la cláusula que determina la excepción de la desaparición forzada para efectos de caducidad (numeral 8° del artículo 136 del Decreto 1 de 1984 y el literal I del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011) debe ser aplicada igualmente a los demás crímenes de lesa humanidad; como ya se transcribió, así fue hecho por el Consejo de Estado para el homicidio en persona protegida (artículo 135 del Código Penal).

Por último, es necesario destacar que el mismo Consejo de Estado reconoce el acceso a la justicia como un derecho vital para la adecuada reparación que surge a favor de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos. (Consejo de Estado, 2011).

En este orden argumentativo, el acceso a la justicia es un derecho reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entendiendo este como la existencia de recursos judiciales efectivos (art. 25) que deben sustanciarse en el marco del debido proceso (art. 8°); lo que dicho en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Por su parte, el artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”. (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1987) (Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, 2010) (Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 2010).

En particular, este tribunal ha considerado que los Estados tienen la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1)”. (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1987) (Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, 2009) (Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, 2012).

En el mismo sentido, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas. También ha establecido que para que

el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley. La Corte ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente”. (Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, 2003) (Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, 2010) (Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 2010).

De esta manera se evidencia que también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace referencia al acceso a la justicia como pilar fundamental de las personas que conviven en los Estados Partes de la Convención, de suerte que tal derecho debe cumplir estándares de idoneidad y efectividad, los cuales no podrían concretarse si se limita el propio acceso a la justicia so pretexto de caducidad.

En conclusión, y con fundamento con lo hasta acá argüido, ineluctablemente se evidencia la no operancia del fenómeno jurídico de la caducidad cuando el perjuicio antijurídico sea causado en razón de la comisión de un crimen contra la humanidad; acaecer que evidentemente brinda garantías básicas las víctimas dentro del marco normativo aplicable y consecuente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Referencias jurisprudenciales

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Serie C No 1 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de junio de 1987).

Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de noviembre de 2003).

Caso la Cantuta Vs. Perú, Serie C No 162 (Corte IDH 29 de noviembre de 2006).

Sentencia C-370 (Corte Constitucional 2006).

Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2009).

Caso Fernández Ortega y otros. vs. México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de agosto de 2010).

Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2010).

Consejo de Estado, Radicación: 11001-03-15-000-2011-00655-00(AC) (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A 20 de junio de 2011).

Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de mayo de 2012).

Referencias doctrinarias

Aguilar Cavallo, G. (2009). *Imprescriptibilidad, crímenes internacionales, crímenes contra la humanidad, derecho internacional penal, derechos humanos, derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Arrau, P. P. (2003). *Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado*. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado.

Bacigalupo, E. (2005). *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Santiago: Jurídica de Chile.

Joinet, L. (1996). *Informe Final Revisado sobre “la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos”*.

Mayer, M. E. (1937). *Filosofía del Derecho* (2ª ed.). (L. L. Lacambra, Trad.) Barcelona: Labor.

ONU. (1997). *Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev1.



El derecho penal como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano*

Luz Elena Mira Olano**

“La verdad no se puede investigar a cualquier precio sino protegiendo la dignidad humana y los Derechos Fundamentales del inculcado”

Claus Roxin

Resumen

Con la inclusión de los Derechos Fundamentales y sus garantías en la Constitución Política de 1991, se permeó toda actuación administrativa y judicial en favor de los integrantes de la sociedad. Así mismo, con la implementación de un sistema penal de corte acusatorio y de sus

* El presente artículo es un producto del Proyecto de Investigación: El Garantismo Penal en contraposición al Eficientismo Procesal. Iniciado en septiembre de 2011, culminado en marzo de 2012. E-mail: luz.mira@unisabaneta.edu.co.

** Abogada, Doctorando en Ciencias Jurídicas, Magister en Derechos Humanos, Democracia y Derecho Internacional, Especialista en derecho penal. Con estudios en Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Coordinadora del Semillero de Investigación en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Corporación Universitaria de Sabaneta.

normas rectoras conformes al texto constitucional, se limitó la potestad punitiva al interior del Estado. El Derecho Penal como garantía jurisdiccional de los derechos inherentes al procesado, propende porque sus actuaciones sean el fiel reflejo de un garantismo penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho. El inconveniente surge cuando en la realidad legislativa y procesal del Estado se incorporan postulados propios del eficientismo procesal, en el cual los derechos inherentes a la persona se ven reducidos bajo los sofismas que subyacen de esta teoría penal que antepone los fines a los medios.

Palabras clave: Derechos Fundamentales, derecho penal, garantía jurisdiccional, garantismo Penal, eficientismo procesal.

Abstract

Whith the inclusion of fundamental rights and guarantees in the Constitution of 1991, permeated all administrative and judicial action on behalf of the members of society. Also with the implementation of an accusatory penal system and its governing rules in accordance with the constitution, was limited punitive power within the state. The criminal law a legal guarantee of the rights attaching to the defendant, that their actions tends to be a true reflection of a penal guarantees itself a democratic and social state of law, the problem arises when in reality the state legislative and procedural incorporated efficientism own tenets of procedural, in which the rights attaching to the person are reduced under the fallacies underlying this criminal theory that puts the end to the media.

Key words: Fundamental Rights, Criminal Law, Jurisdictional Warranty, Penal Guarantees, Efficientism Procedural.

Introducción

El concepto de Derechos Fundamentales es quizá el más importante de las Constituciones contemporáneas; Colombia no podía quedarse atrás con la implementación de un sistema que abarcara derechos y garantías predicables por sus titulares, todo ello fue posible reunirlos en la Constitución Política de 1991, dicho texto se manifiesta desde dos perspectivas, una desde el punto de vista del catálogo de derechos y otra como las garantías contenidas. En el primer caso, además de incluir los derechos civiles y políticos, también abarca los derechos económicos, sociales y culturales, además de los derechos colectivos y del medio ambiente. En el segundo caso, la Constitución incorpora un amplio abanico de garantías de los derechos, como son las garantías jurisdiccionales, consistentes en la previsión de procedimientos judiciales especiales de defensa de los derechos, considerados más relevantes y las no jurisdiccionales, que incluyen figuras que complementan las garantías anteriores.

La Constitucionalización de estos derechos comporta que todos los poderes del Estado se encuentren limitados y sometidos al respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, es por ello que se ha desarrollado el concepto de “*indemnidad personal*”, y es en virtud del mismo que “ninguna intervención del Estado puede conllevar una afectación de la persona como tal;

el Estado no puede incidir en la esencia de un derecho o impedir absolutamente su ejercicio”. (Bustos: 1997). Así mismo, teniendo en cuenta que la existencia de garantías jurisdiccionales de los Derechos Fundamentales, conllevan ante una eventual vulneración de los mismos, la posibilidad de acudir ante un tribunal imparcial para que se adopten medidas necesarias para el restablecimiento del derecho conculcado, surge la clasificación de los Derechos Fundamentales como derechos subjetivos. Empero, “cuando no se prevé esta posibilidad, parte de la doctrina sostiene que la existencia de derechos sin garantías jurisdiccionales se debe considerar una suerte de imperfección lógica del mismo ordenamiento, es decir, una laguna que los operadores jurídicos tienen la obligación de llenar, dotando al derecho de algún mecanismo de protección”. (Bonet Pérez et al: 2008). Es por lo anterior, que las garantías jurisdiccionales y los órganos encargados de materializarlas pueden variar de acuerdo a la tutela jurídica encomendada, algunas se confían a Tribunales Ordinarios, tratándose de procesos civiles, penales, laborales, entre otros, y otras a tribunales especiales, cuando se endosan a tribunales constitucionales.

Aunado a lo aducido, debemos tener en cuenta que el Derecho Penal “busca que los ciudadanos ajusten su comportamiento a ciertas reglas de conducta, protegiendo intereses fundamentales para la convivencia en comunidad, esto es, bienes jurídicos”. (Posada: 2010). Además de ser “el dispositivo de control social más severo de que dispone el Estado, pues las sanciones penales son las más drásticas del orden social y los comportamientos a los que vienen aparejadas, son los más intolerables para la convivencia humana en sociedad”. (Velásquez: 2004). Tal como lo asevera Luigi Ferrajoli (2006), “es en el derecho penal donde se juega su legitimación el Estado Constitucional de nuestros días, pues es ahí donde se enfrentan en toda su crudeza y toda su violencia el Estado y el individuo”. Teniendo como punto

de partida lo anterior, es importante resaltar que la acepción de Derecho Penal como *última ratio* o *Principio de intervención mínima*, propende porque la injerencia en la vida social de esta rama del derecho de naturaleza agresiva, se reduzca a su expresión mínima posible y solo se active esta garantía en los supuestos en los que se hayan agotado otros recursos no penales, otorgando de forma implícita el carácter de garantía jurisdiccional subsidiaria.

Si bien es cierto, los jueces penales pueden restringir derechos, accionando esta garantía jurisdiccional, a través de las técnicas procesales utilizadas para prevenir o corregir vulneraciones de bienes jurídicos producto de las relaciones intersubjetivas entre particulares, no se puede desconocer que los implicados en el delito, propiamente el sujeto activo, ostenta una titularidad de Derechos Fundamentales que permanecen incólumes, incluso después de haberse emitido una sentencia condenatoria; En cuanto al sujeto pasivo, la protección de sus derechos se encuentra desarrollada en un sinnúmero de instrumentos nacionales e internacionales; razón por la cual se predica que “el derecho penal se justifica cuando logra ser un instrumento de defensa y garantías de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada”. (Ferrajoli: 2006).

A lo largo de este artículo se podrá vislumbrar que nuestro Sistema Penal ha sido estructurado acorde a los postulados que exige un Estado Social de Derecho, propendiendo por el respeto de las garantías de los implicados en conductas punibles. El inconveniente surge cuando con actuaciones legislativas y judiciales se deja entrever un manto de eficientismo procesal, teoría que simpatiza con instrumentalizar al ser humano, convirtiéndolo en el espectáculo público que busca devolverle a la sociedad la confianza en el sistema represor a cualquier precio, originando una mutación del derecho penal, de garantía secundaria a primaria o prioritaria.

Atendiendo al concepto de Derecho Penal esbozado, teniendo en cuenta que ningún sistema penal puede concebirse al margen o en contravía de los Derechos inalienables de la persona, se hace necesario interrelacionarlo con los Derechos Fundamentales incluidos en la Carta Magna, las normas rectoras del sistema penal y las disposiciones internacionales que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, propiamente la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, como normatividad obligatoria y vinculante, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 16 de 1972. Y pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tal y como lo ha manifestado la Corte Constitucional: “la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. (Sentencia C-010 de 2000).

Para iniciar, el artículo 1º de la Constitución Política (en adelante CN), como principio fundamental de la misma, consagra al Estado Colombiano como Social y de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana y es el mismo Tribunal Constitucional en Sentencia T-881 de 2002, el que le ha dado el carácter de “Valor Constitucional”, por ser la base axiológica de todos los demás derechos; así mismo la ha elevado a la categoría de “Principio Constitucional”, como deber positivo del Estado, como mandato de optimización, y por último como “Derecho Fundamental”, al irradiar los demás derechos inherentes a la persona humana, porque cuando se vulnera algún otro derecho, inmediatamente la dignidad humana se considera conculcada. Al considerarse un derecho autónomo, de aplicación inmediata, obliga al Estado a adoptar las medidas que considere necesarias para garantizar la primacía de estos derechos, a la luz del artículo 5º del mismo instrumento.

Huelga decir, que la Dignidad Humana se considera un principio jurídico supranormativo porque ostenta una categoría internacional, toda vez que se consagra en instrumentos internacionales como el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); en el artículo 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); En el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); en el Preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); en el Preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994); y de la misma manera es un Principio Rector (60.1) de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la Organización de Naciones Unidas (1985); hace parte de las reglas 11, 19 y 21 de las Reglas de Bangkok (2010); de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la Libertad “Reglas de Tokio” en los artículos 3.9 y 6.2 (1990); entre otros.

De igual forma, la dignidad humana ostenta un rango constitucional ya comentado. Por último y no menos importante, posee rango legal, como norma rectora del Código Penal Colombiano (art. 1º) que protege al procesado ante cualquier arbitrariedad, sin embargo, como lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos de la ONU, “no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad [...]” (Caso Albert Womah Mukong c. Camerún. 1994). Concomitante con lo anterior, no se puede dejar de lado la categoría *Ius Cogens* de este derecho, por lo cual se propaga un respeto universal por el mismo, independiente de la calidad o la circunstancia en la que se encuentre una persona.

La Corte Constitucional Colombiana aduce que “El respeto a la dignidad humana no

solo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades. Su acato debe inspirar a todas las actuaciones del Estado” (Sentencia T-317 de 2006). Siguiendo la misma línea sostiene que “es un derecho que implica tanto obligaciones de no hacer como obligaciones de hacer por parte del Estado.” (Sentencia T-702 de 2001). De igual manera asevera que “...El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de auto determinarse...” (Sentencia T-499 de 1992).

En lo que respecta a la Dignidad Humana como norma rectora del Derecho Penal, concepto que debe entenderse como límite a la “violencia legítima” ejercida por parte del Estado, a su vez, estas normas integran prerrogativas a favor de la persona procesada, ello porque algunos de sus Derechos Fundamentales van a sufrir una posible restricción, producto del *ius puniendi* que encabeza la institución estatal.

A manera de colofón, se puede predicar que la Dignidad Humana es el fundamento del Derecho Penal y por ende su fin principal es la protección de la persona procesada, porque “no hay libertad allí donde las leyes permitan que en determinadas circunstancias el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa” (Beccaria: 2000). Ningún ser humano pierde su dignidad por infringir una norma penal, ni por poner en peligro un bien jurídico, este derecho se perpetúa durante la existencia misma del ser.

Otro Derecho Fundamental con relevancia en el Derecho Penal, es el contenido en el artículo 11 de la CN. En concordancia con el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Derecho a la Vida, fungiendo como el principal de los derechos en cabeza de la persona humana, sin incurrir en una jerarquización de los mismos, es indudable que la garantía y protección de este derecho es un requisito para

el disfrute de los demás, tal como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el entendido que “el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos” (Caso Niños de la Calle vs. Guatemala 1999). En virtud de este derecho, los “Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para su pleno goce y ejercicio” (Caso González y otras vs. México 2009). Es importante aclarar que el derecho a la vida no puede circunscribirse únicamente a la existencia misma del ser, dado que comporta una triple dimensión en su esfera de protección, abordando, además del derecho a no ser privado de ella arbitrariamente, el derecho a disfrutar de la vida en condiciones dignas y el derecho a desarrollar un proyecto de vida. La Corte Constitucional en la Sentencia T-499 de 1992, ha sido enfática en proclamar que “las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado Social de Derecho”.

El sometimiento de una persona a un proceso penal, llámese capturado, indiciado, imputado, detenido, acusado, o condenado, conlleva necesariamente a la restricción de algunos Derechos Fundamentales, tales como la libertad personal, la honra, la intimidad personal, libre circulación y residencia, entre otros. No obstante, esa situación no faculta al Estado a adoptar medidas discriminatorias, propias de

la arbitrariedad y el exceso, que vulneran el núcleo duro de los demás Derechos Fundamentales que forman parte de la esencia de ese individuo y que aún en el peor de los criminales permanecen indemnes, como es el Derecho a la vida. Bien lo ha expresado la Corte Constitucional en Sentencia T-535 de 1998, donde señaló que "...habiendo sido prohibida en el sistema colombiano la pena de muerte (art. 11, C.P.) y estando proscrita toda clase de castigos que impliquen tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 12, C.P.), los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud, en conexión con aquellos, permanecen intactos. Es decir, no pueden resultar afectados ni en mínima parte durante el tiempo necesario para el pago de la pena impuesta o a lo largo del período de detención. De ello se hace responsable el Estado desde el momento mismo de la captura o entrega del detenido o condenado y hasta el instante en que readquiera su libertad".

Siguiendo el recorrido constitucional, nos encontramos frente a otro derecho de magna importancia, se trata del artículo 12 de la CN. En concordancia con el artículo 5 de la Convención Americana, que contienen postulados normativos relativos a la protección de la Integridad Personal como derecho inherente a la persona. Los cuales prohíben el sometimiento a desaparición forzada, a torturas, o a tratos crueles, inhumanos o degradantes; en concordancia con los artículos 165 y 178 de nuestro Código Penal, respectivamente. Acorde a lo expresado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "el derecho a la integridad personal es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, *inter alia*, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia". (Caso Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay 2004).

En lo que respecta a las personas sometidas a un proceso penal o que se encuentren privadas de su libertad, de conformidad con esta garantía individual, tienen derecho a vivir en condiciones que sean compatibles con su dignidad, teniendo en cuenta que el Estado ostenta una posición de garante de las personas que se encuentran bajo su protección, lo que implica el deber de salvaguardar los demás derechos que permanecen incólumes, de tal manera que no se exceda el sufrimiento propio de purgar la pena. En este sentido, tampoco es permitido que los Estados invoquen "privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano". (Caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela. 2006). De igual forma, en reiterados pronunciamientos la Honorable Corte Interamericana, entre ellos, la sentencia del caso Gelman vs Uruguay (2011), ha sido constante en reconocer que "las personas sometidas a privación de libertad que se encuentren bajo la custodia de cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen tortura, es por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones al derecho a la integridad personal, aunque no se pueda demostrar los hechos violatorios".

En lo concerniente a la prohibición de sometimiento a desaparición forzada, en la Sentencia del Caso Anzualdo Castro vs. Perú (2009), La Corte Interamericana asevera que "los Estados tienen la obligación de no practicar ni tolerar este crimen en cualquier circunstancia, y de sancionar a los responsables del mismo en el ámbito de su jurisdicción". Este delito tiene el carácter de pluriofensivo, es decir, que vulnera varios bienes jurídicos de manera coetánea en su ejecución y respectiva consumación, es por esto que se entiende que de manera efectiva los Derechos Fundamentales, tales como la personalidad jurídica, la vida,

la integridad personal y la libertad personal, se encuentran transgredidos y en virtud de la obligación estatal que emana de estos derechos no se debe limitar únicamente a prevenirlos, sino a investigar las afectaciones, dentro de un marco de la debida diligencia, *so pena* de incurrir en responsabilidad internacional.

El mismo órgano judicial en el caso Contreras y otros vs. El Salvador (2011), manifiesta que este crimen “implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano, por lo que su prohibición ha alcanzado carácter de norma *jus cogens*”.

La privación de libertad, con la cual inicia la desaparición forzada, cualquiera que fuere su forma, contraría el derecho a la libertad personal. Concomitante con la vulneración del derecho a la integridad personal, art. 12 CN. y art. 5º de la convención. El Tribunal interamericano, en el caso González Medina y sus Familiares vs. República Dominicana (2012), ha dejado claro que “por el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano, porque resulta evidente que en una desaparición forzada la víctima de esta vea vulnerada su integridad personal en todas sus dimensiones”. En lo que se refiere al derecho a la vida, art. 11 CN. y art. 4º (derecho a la vida) de la Convención Americana, por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho referido. Además, la Corte Interamericana ha establecido que “la desaparición forzada ha incluido con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una violación del derecho a la vida”. (Sentencia Caso

Gelman vs. Uruguay. 2011). Por último, este crimen atroz puede conllevar a una violación específica del derecho a la personalidad jurídica, contenido en el art. 14 CN. y artículo 3º de la Convención Americana, debido a que la consecuencia de la negativa a reconocer la privación de libertad o paradero de la persona es con el objeto de sustraerla del amparo legal, lo que obstruye el ejercicio y reconocimiento de este derecho, toda vez la víctima no puede activar ninguna acción o mecanismo de protección, que logre restablecer los mismos, lo que desconoce *per se* y de forma absoluta la titularidad de los Derechos Fundamentales. De este modo, en el caso Torres Millacura y otros. Vs. Argentina (2011), se ratificó lo establecido en otros pronunciamientos, en cuanto que “el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, a la obligación de no vulnerar dicho derecho. Más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no solo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado”.

Prosiguiendo nuestro recorrido constitucional, nos situamos en el artículo 28 de la carta magna, en concordancia con el artículo 7º de la Convención Americana, que amparan el derecho a la Libertad Personal, así mismo ha sido establecido como norma rectora del sistema penal, mediante la Ley 906 de 2004 en su artículo 2º. El contenido de este derecho evidencia una característica general y otra específica. La primera sustentada en poder disfrutar de la libertad y la seguridad personal sin interferencia alguna, salvo lo dispuesto en la

ley; lo que traduce que por regla general, todos somos libres. La segunda está estructurada por una serie de prerrogativas que se deben tener en cuenta al momento de limitar este derecho, como un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, por motivos previamente establecidos en la ley, lo que conlleva a no ser privado de la libertad ilegal o arbitrariamente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que “cualquier restricción al derecho de la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)”. (Caso Fleury y otros vs. Haití. 2011).

En virtud del derecho fundamental a la libertad personal, el mismo Tribunal Interamericano ha sido enfático en exhortar a los estados para que “el en momento de una restricción a este derecho, independientemente del motivo o duración de la misma, sea debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Lo anterior constituye un salvaguarda fundamental *inter alia*, contra la desaparición forzada. (Caso Torres Millacura y otros. Vs. Argentina 2011). Aunado a lo anterior la persona capturada debe ser sometida sin demora al juez competente, con el objeto de ejercer un control posterior inmediato tendiente a evitar atropellos, teniendo en cuenta que en un Estado Social de Derecho con la adopción de un sistema penal de corte acusatorio, corresponde al Juez de Control de Garantías propender porque los derechos del capturado sean respetados y que solo se autorice la adopción de medidas coercitivas cuando sea estrictamente

necesario, procurando en general, que se trate al procesado de manera consecuente con la presunción de inocencia. De otra parte es importante señalar que el derecho en comento también incluye la seguridad personal, entendida como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Así mismo, “con la protección de la libertad se pueden salvaguardar tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal” (Caso Cabrera García y Montiel Flórez vs. México 2010). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la seguridad personal implica la protección respecto a la libertad física. (Case of Affaire Villa vs. Italy 2010). A su vez, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que “el derecho a la seguridad no puede interpretarse en forma restringida, lo cual implica que no pueden ignorarse las amenazas a la seguridad de personas no detenidas o privadas de la libertad” (Delgado Páez vs. Colombia 1985).

Ahondando en el articulado constitucional, encontramos el debido proceso, como Derecho Fundamental, contenido en el artículo 29 de la CN. Este derecho está definido en el sistema interamericano como el derecho de acceso a la justicia, conformado por el artículo 8º (Garantías Judiciales) y artículo 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Integrado por un conjunto de preeminencias que salvaguardan a todas las personas, en aras de asegurar una pronta justicia. Este derecho se erige como la garantía basilar de una sociedad, pues no se circunscribe a velar por la aplicación correcta de las formas propias de cada juicio, ni por los derechos de la víctima o del victimario, sino que se ha instaurado en defensa del conglomerado. Es de tal magnitud su importancia que permea absolutamente todas las actuaciones

administrativas y judiciales so pena que se decreta la nulidad de pleno derecho por violación al debido proceso. Por lo cual su contenido es de aplicación absoluta e inmediata, anulando *per se* toda regulación que lo restrinja o impida. Para determinar una posible vulneración a este derecho, es ineludible acudir al análisis de cada uno de los principios que lo conforman. Es decir, que de la interpretación que se hace de los artículos anteriormente mencionados, se desprende la obligación de garantizar, como parte de los elementos esenciales del debido proceso, la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, sumado al respeto a los principios de legalidad, principio de favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, prohibición de dilaciones injustificadas, principio de contradicción y el *non bis in idem*. De verificarse la inobservancia a uno de ellos, se tendrá por transgredido el debido proceso.

Ahora bien, en lo relativo al principio de legalidad, además de ser parte de este Derecho Fundamental, se encuentra establecido como norma rectora del Código Penal (art. 6º), en el artículo 6º de la Ley 906 de 2004, y se instituyó como derecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 9º. En cuanto al alcance de este principio en materia penal, el Tribunal Constitucional ha señalado que “constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo

incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa” (Sentencia C-820 de 2005). Si bien es cierto, es necesario acatar las disposiciones propias del principio de legalidad anteriormente expuestas, de las obligaciones internacionales se colige la imperiosa necesidad de ajustar las normas al interior del Estado a los postulados contenidos en los tratados a los que Colombia se ha adherido, por lo cual es admisible predicar la aplicación del articulado de dichos instrumentos, en virtud de su pertenencia al bloque de constitucionalidad, así no se encuentre regulado en el ordenamiento jurídico, sin atentar contra dicho principio, toda vez complementa e integra el sistema represor, a la luz del artículo 2º del Código Penal. Definido como principio de legalidad universal, lo que para algunos es un exabrupto, un concepto erróneo y sesgado, dilucidando un oscurantismo del derecho internacional y sus obligaciones inherentes, olvidando o mejor desconociendo que la consagración de una convención internacional sobre derechos humanos tiene efectos y connotaciones trascendentales que permea a toda la institución estatal, por lo tanto la mora de inclusión del tratado a la normatividad interna no puede constituir un impedimento de aplicación a una situación fáctica que constituya vulneración al mismo.

Otro aspecto fundamental del debido proceso es el principio de favorabilidad penal, el cual parte de un presupuesto de sucesión de leyes en el tiempo, esta prerrogativa favorece al procesado y es el juez quien la aplica, pues solo él debe determinar cuál es la norma que más beneficia al procesado. Así mismo, se constituye en un principio suprallegal, reconocido en favor de la persona humana, instaurándose como límite al *ius puniendi* y como derecho inviolable que hace parte de la esencia de toda persona. Por lo tanto, es “el juez al asumir la función de intérprete genuino de dos disposiciones penales, igualmente especia-

les, está positivamente vinculado, como todo hermenéuta en materia penal, por la norma que obliga a optar de manera preferente por la ley permisiva o favorable, máxime cuando esta es posterior en el tiempo y comprende en su contenido la materia tratada por la anterior (Sentencia C-301 de 1993).

En cuanto al derecho a la defensa contenido en los artículos *sub examine*, así como en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y como derecho del capturado. “Este derecho contempla que debe ser integral, material, técnico, permanente e ininterrumpido durante la investigación y el juzgamiento, motivos por los cuales el ejercicio de esta garantía fundamental es condición indispensable de la validez del proceso” (Corte Suprema de Justicia, Rad. 24195 de 2006). Por ende, es ineluctable que como derecho en cabeza del inculcado, se pueda ejercer desde que se señala a una persona como posible responsable de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. “Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de Derechos Fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”. (Caso Cabrera García y Montiel Flórez vs. México 2010).

Si bien es cierto, en el evento de que el indiciado no cuente con un defensor de confianza que pueda asistirlo en el proceso, el Estado está en la obligación de asignarle un defensor de oficio; tal como lo resalta El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “La defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo

cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas”. (Case of Artico v. Italy 1980). Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en diligencias que puedan atentar contra sus Derechos Fundamentales. Impedir a este contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente este derecho, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”. Sin embargo, “el nombrar un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados”. (Caso García y Montiel Flórez vs. México 2010).

Haciendo alusión al principio de presunción de inocencia como fundamento constitutivo del debido proceso, se debe hacer claridad que este principio implica que el procesado no debe demostrar que no ha incurrido en la conducta punible endilgada, toda vez que la carga de la prueba corresponde al ente acusador, por lo cual se considera inocente hasta que no se le demuestre lo contrario; dicho privilegio no se agota con el solo hecho de presumir que no ha actuado o participado en la consumación o tentativa del delito, sino que es obligación *erga omnes* tratarlo como tal. Asimismo, dicho principio exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad. Así, la falta de este requisito en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia, “el cual es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme”. (Ricardo Canese vs.

Paraguay 2004). Es de tal magnitud este principio que ni siquiera una captura en situación de flagrancia (art. 30, CN.) se puede equiparar como prueba de responsabilidad penal, toda vez es necesario llevar a cabo una investigación igual de rigurosa para involucrar al inculpa-do como responsable de un hecho punible. De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba la encabeza quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable”. (Case of Barberà, Messegue and Jabardo v Spain 1988).

Para concluir el abordaje del Debido Proceso, se ahondará en el Principio del *non bis in idem*, igualmente consagrado como norma rectora de nuestro sistema penal, así como Derecho Fundamental de aplicación inmediata, el cual tiene como objeto proteger a las personas ante continuadas investigaciones y posibles sanciones, a partir de una misma conducta dentro de una situación fáctica específica, evitando ser puestas en un estado de indefensión frente al poder que ostenta el Estado. Es por esto que su amparo tiene sustento en el principio de cosa juzgada y su existencia brinda seguridad jurídica a la sociedad. Conforme con su finalidad, la prohibición del doble enjuiciamiento, tal y como ocurre con los demás derechos, no tiene un carácter absoluto. En ese sentido, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales recogidos por la Corte Constitucional, donde en Sentencia C-870 de 2002, ha dejado establecido que “es posible juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique una violación de este principio, fundado en los siguientes aspectos o circunstancias: (i) cuando la conducta impu-

tada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa”.

Pasando a otro artículo de la Constitución Política que hace parte del Sistema Penal colombiano en una triple dimensión, como Derecho Fundamental, como norma rectora y derecho del capturado. Se trata del artículo 33 de la CN, denominado como el derecho a no autoincriminarse, con total aplicación en el proceso penal. Como garantía en favor del procesado busca excluir que la persona sea coaccionada para declarar contra sí mismo o contra sus allegados más cercanos. “Si bien este derecho implica la posibilidad de utilizar estrategias de silencio, la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, no pueda tener repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad”. (Sentencia C-258 de 2011). La Corte Interamericana comparte el criterio anteriormente descrito, y reitera que “la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas a quienes en el momento de ser detenidas se les somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes, con el objeto de suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse, pueden producir sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillar y devastar a una persona y posiblemente quebrar su resistencia física y moral”. (Caso Tibi vs. Ecuador 2004). Por otra parte, este mismo tribunal, conforme a lo expresado por el comité contra la tortura, en el caso PE vs. Francia (2001), resalta que “en los casos que la persona alegue dentro del proceso que su declaración o confesión ha sido obtenida mediante coacción, los Estados tienen la obligación de verificar, en primer lugar, la veracidad de dicha denuncia a través de una

investigación llevada a cabo con la debida diligencia”. Asimismo, “la carga probatoria no puede recaer en el denunciante, sino que el Estado debe demostrar que la confesión fue voluntaria”. (Informe sobre México, 2004).

Conclusión

Indudablemente nuestro sistema penal ha sido estructurado bajo la teoría del garantismo penal, acorde a los postulados propios de un Estado Social y Democrático de Derecho y de los estándares internacionales establecidos. No obstante, también se ha ido sumergiendo en un eficientismo procesal, dado al afán de protagonismo y poca relevancia que algunas autoridades le otorgan al criterio vinculante que ostentan las normas constitucionales e internacionales sobre Derechos Humanos, quedando su aplicación a discreción del operador jurídico, producto de una presión mediática e intervención de otras ramas del poder público que avalan el engrosamiento de los tipos penales, el incremento de las penas y las medidas privativas de la libertad. Figuras como la “Justicia Restaurativa” y el “Principio de Oportunidad” se han quedado en el olvido, gracias a la estigmatización que le han otorgado al tacharlas como el disfraz de una impunidad inminente.

El respeto a las garantías constitucionales y el sometimiento a las normas rectoras del sistema penal, constituyen el cimiento del Estado Colombiano, Pero este pierde su esencia, tornándose en totalitario e involutivo cuando se maximiza el derecho penal y se reaviva la aplicación del derecho penal de autor. La función de la pena ya no interesa, lo que importa es devolver la confianza en el sistema represor a como dé lugar y la mejor forma de hacerlo es con lo que esté acorde a nuestra cultura carcelera y peligrosista, por ello el legislador acrecienta cada día más las conductas punibles, la libertad dejó de ser la regla general y pasó a ser reemplazada por la detención preventiva, se

amplió la flagrancia, se disminuyeron los mecanismos sustitutivos de la pena, entre otros exabruptos, que han repercutido de manera gravosa en el sistema penal colombiano provocando el colapso en el que actualmente se encuentra sumergido. El eficientismo conlleva a despotricar contra la esencia misma del ser humano, argumentando que un vulnerador de la norma penal, no merece llamarse persona, y mucho menos considerarse como integrante de la sociedad, por lo cual se justifica, incluso hasta la tortura en aras de proteger al conglomerado.

Aunado a lo anterior, las legislaciones latinoamericanas cada día irradian su ordenamiento jurídico con normas propias de un Derecho Penal del Enemigo, aunado al clamor de justicia a cualquier precio de la sociedad, y solo se considera aplicado este valor constitucional en la medida en que el delincuente sea sometido a una larga pena privativa de la libertad, de lo contrario se revierte la responsabilidad sobre el fiscal o sobre el operador jurídico que fue “permisivo” y “tolerante” con ese tipo de personas proclives a delinquir, merecedoras de una inclemente estigmatización social.

Cada día nuestros legisladores promueven y aprueban normas que disminuyen beneficios y garantías a los responsables de conductas punibles, por el contrario aumentan de manera desbordante las penas y más preocupante aún, este tipo de medidas se llevan a cabo en Estados constitucionales, cuyo texto prohíbe la cadena perpetua. Un ejemplo claro de esta afirmación, son los 70 años como pena máxima, establecidos en México y los 60 años en Colombia, por lo que se refleja una cadena perpetua totalmente mimetizada. Con el agravante de la inoperancia de la función de la pena. Por lo general la persona privada de la libertad encuentra en estos centros, los mejores escenarios para aprender la ideación criminal, es la escuela más efectiva para formar al delincuente.

Los sistemas penales actuales se volvieron inclementes con las conductas desviadas del ser humano, la falta de tolerancia de la sociedad ha contribuido de cierta manera, a que la adecuación del eficientismo no presente mayor rechazo y cada vez más se afianza de una manera acérrima la “cultura de la venganza” a través del Derecho Penal.

Referencias

- Beccaría, Cesar. (2000). *De los delitos y las penas*. Editorial Temis.
- Bonet Pérez, Jordi y Sánchez, Víctor. (2008). *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI: Continuidad y Cambios*. Barcelona: Editorial Huygens.
- Bustos Ramírez Juan y Hormazábal Malareé Hernán. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trota.
- Posada Arboleda, Néstor. (2010). *Derecho Penal, Parte General-Fundamentos*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Velásquez Velásquez, Fernando. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Editorial Temis.
- Ferrajoli, Luigi. (2006). *Garantismo Penal. Estudios Jurídicos*, Universidad Nacional autónoma de México. 1º Edición.
- Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-702 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-317 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia T-535 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 24195 M.P. Jorge Luis Quintero Milanes. 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González Medina y sus familiares vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012, serie C Nº 240, párr. 180.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fleury y otros Vs. Haití, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C Nº 236, párrs. 57 y 59.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencias de 31 de agosto de 2011. Serie C Nº 232, párr. 83.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Millacura y otros Vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C Nº 229, párr. 76 y 105.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C .º 221, párr. 95.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flórez vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Nº 220, párr. 126.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C Nº 205, párr. 245.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C Nº 202, párr. 60.
- Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C Nº 186, párr. 148.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C Nº 150, párrs. 85 y 87;
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114, párr. 146.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C Nº 112, párr. 157.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo; reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C Nº 111.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C Nº 63. párr. 56 y 144.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Affaire Villa v. Italy, Judgment of 20 abril 2010, App. Nº 19675/06, párr. 41.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of *Artico v. Italy*, Judgment of 13 mayo 1980, App. Nº 6694/74, párr. 31-37.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Barberà, Messegué and Jabardo v Spain, Judgment of 6 december 1988, App. Nº 10588/83, 10589/83, 10590/83, párr. 77 y 91.
- Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, Caso Albert Womah Mukong c. Camerún, (458/91), 21 de julio de 1994, Doc. ONU CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.8.
- Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Caso Delgado Páez c. Colombia, Comunicación Nº 195/1985 de 12 de julio de 1990, párr. 5.5 y Caso Chongwe c. Zambia, Comunicación Nº 821/1998 de 25 de octubre de 2000, párr. 5.3.
- Organización de Naciones Unidas. Naciones Unidas. Comité contra la Tortura. PE vs. Francia, Comunicación 193/2001, Informe de 21 de noviembre de 2002, párr. 6.3.
- Organización de Naciones Unidas, Comité Contra la Tortura, Informe sobre México Preparado en el Marco del artículo 20 de la Convención, párr 39. 2003.



Acercamiento al conflicto social, su etimología y su conceptualización desde la sociología. Una delimitación teórica del concepto y sus autores*

*Andrés Felipe Lopera Becerra***

Resumen:

Este artículo presenta los rasgos analíticos principales de la o las teorías del conflicto social contemporáneas con el ánimo de construir modelos teóricos que permitan leer con mayor claridad múltiples contextos conflictuales con rigurosidad, diferenciación de niveles de abstracción, conceptualización y marcos teóricos de enunciación. Metodológicamente se propone una construcción genealógica del concepto conflicto social, diferenciando sus dos enfoques generales de acepción (estructural-funcionalismo o Marxismo y Teoría Crítica) en sus concepciones clásicas

* Este artículo es producto de la tesis “Conflicto social y desarrollo local. Una lectura del caso de Medellín a través de su Plan de Desarrollo Municipal 2004-2007”. Presentada para optar al título de magister en Ciencias en Desarrollo Local de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Morelia, Michoacán, México. Esta tesis es galardonada con Tesis Laureada por la institución antes mencionada. Sumado a esto, el presente artículo surge en el marco de la Cátedra Unesco en Resolución Internacional de Conflictos y Construcción de Paz.

** Politólogo de la Universidad de Antioquia, Magister en Ciencias en Desarrollo Local de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Docente e investigador del área de metodología e investigación del pregrado de Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico de contacto: felipeloperacp@gmail.com

y contemporáneas y las principales construcciones mentales que de este se realizan, todo ello en el marco de la macrosociología. Como conclusión general se planteará que asumir este concepto de forma unívoca no permitirá leer claramente las situaciones y contextos por falta de reconocimiento de los múltiples niveles de abstracción que el concepto conflicto social puede tener.

Palabras clave: Conflicto social, teoría del conflicto, macrosociología

Approach to social conflict, its etymology and its conceptualization from sociology. A theoretical definition of the concept and the authors

Abstract:

This article presents the main analytical features of the social conflict contemporary theories (or theory) with the aim of building theoretical modelling that allow reading multiple conflicting contexts more clearly and rigorously, differentiation of levels of abstraction, conceptualization and theoretical frameworks of enunciation. Methodologically it is proposed a genealogy construction of the social conflict concept, distinguishing the two general approaches to meaning (structural-functionalism or Marxism and Critical Theory) in their classical and contemporary conceptions and the principal conceptualizations that this is done, all this in the context of macrosociology. As a general conclusion to be brought to take this concept in an unambiguous manner will not allow reading clearly the situations and problematic contexts because of lack of recognition of the multiple levels of abstraction that the concept of social conflict may have.

Keywords: Social conflict, conflict theory, macrosociology

1. Introducción

Este artículo pretende realizar un recorrido sintético sobre la conceptualización del conflicto social desde la sociología, lo cual requiere en un primer momento que se dé una reconstrucción del origen de este concepto, no solo para ubicarlo en un espectro temporal determinado, sino también para presentarlo en el sistema conceptual donde fue desarrollado. Es decir, por medio de esta ruta lo que se pretende es no aislar este concepto de su marco de producción. Por otra parte, la intención de este artículo es proporcionar al lector herramientas analíticas y teóricas para reconocer los diversos marcos de significación del conflicto social, que como ejemplo para el caso de Medellín siempre es cambiante, tanto dentro del contexto fenoménico como en el nivel de las políticas públicas en sus diversos niveles y ámbitos.

Iniciaremos con un acercamiento etimológico sobre el concepto conflicto, para posteriormente internarnos en la noción conflicto social. La etimología nos muestra que la voz latina *conflictus*, significa simplemente “colisión”, “choque”; luego fue extendida a la de “batalla”, “confrontación” y “combate”. Actualmente, con “conflicto” se designa cualquier tipo de encuentro entre fuerzas opuestas, sea que estén marcadas por la violencia o no; es decir, alude no solo a la consumación de la lucha entre opuestos, sino a la tensión entre ellos.

Este concepto lo emparenta con otros como los de “oposición”, “antagonismo”, “disputa”, “competencia”, “antinomía”, los mismos que deben distinguirse claramente si se quiere hacer un estudio sistemático de la conflictividad, pues muchos autores ven en ellos diversas expresiones, intensidades y niveles del fenómeno que explicarían igualmente tipos diferentes de conflictos (Maliandri, 1984, p. 8). Por tanto, a continuación presentaremos sus distinciones básicas.

Para algunos autores, el conflicto no puede ser reducido al concepto de “competencia”, en este punto Guerrero (1999, p.37) realiza una importante distinción conceptual. “La competencia hace referencia a una lucha esencialmente pacífica, en la que los rivales buscan alcanzar el mismo fin empleando los mismos medios y ajustándose a las mismas normas; en el conflicto, los objetivos, los medios y los fines son diferentes. Otros van más allá y plantean que se puede diferenciar competición y conflicto en relación con la noción de poder; si la búsqueda de control sobre el otro, ya sea de su conducta o sus recursos, es la meta aspirada, el eje crucial y el único medio de conseguir esa meta, es un conflicto”; mientras que la competencia motivada por el deseo de ganar, no llega a ser conflicto, salvo en el caso de que la meta que se busque implique la necesidad imperativa del control del comportamiento del adversario y conduzca a la negación del otro.

Un segundo punto, es la diferencia cualitativa en relación al conflicto y la “contradicción”. Se afirma que una característica del conflicto es que siempre será observable empíricamente; mientras que la contradicción no es observable, sino inferible de una oposición lógica o ideológica entre las partes. “Para Firth, el conflicto –que puede estar basado en percepciones erróneas, en intereses y fines diferentes, que provoquen falta, temporal, de ajuste entre las partes en pugna– puede resolverse; pero en la contradicción, no es posible tal resolu-

ción. Gluckman sostiene que la contradicción se refiere a aquellas relaciones de principios y procesos contrapuestos dentro de la estructura social, que inevitablemente conducirán al cambio radical del modelo” (Guerrero, 1999, p. 37).

En tercer lugar, el conflicto cuenta con una condición relacional, pues se entiende por conflicto, un proceso de interacción social básica, un peculiar modo de relación entre dos o más partes, que consiste en acciones y reacciones mutuamente opuestas, que pueden implicar incompatibilidad, o la tendencia a su mutua exclusión. El conflicto implica entonces un mínimo de contacto y visibilidad –no necesariamente cara a cara, es una relación e interacción social en la que las partes relacionadas no se “unen”, sino más bien se “des-unen”; establece la ruptura o separación de una forma de relación; la correspondencia conflictiva se verifica dentro de un contexto social, e incluye un componente de poder. Consecuentemente, se podría decir que los elementos de todo conflicto son la existencia de partes y motivos, y las relaciones de poder.

Después de esta distinción básica nos internaremos en nuestra delimitación teórica sobre conflicto, donde nos enfocaremos en la macrosociología y sus estudios sobre el conflicto social en los desarrollos de la teoría sociológica¹.

1 Un aspecto interesante a observar, es el que propone J. Giner (1998) en lo referente a la constante de fondo en la historia de la teoría social: el problema del orden y de la integración social, pues se dan soluciones o arquetipos de pensamiento social que son, en definitiva, la confrontación de dos concepciones distintas de la sociología basadas en una imagen dicotómica de la sociedad. “Una de las soluciones se inspira en el pensamiento de Rousseau y nos presenta una imagen armónica de la sociedad, en la que la integración social es el resultado del consenso de sus elementos. Sus rasgos esenciales son: la concepción de la sociedad como sistema estable de elementos, la funcionalidad de cada elemento social, la existencia de equilibrio en-

Los aportes realizados desde las perspectivas macrosociológica, han trabajado el conflicto, en tanto dimensión, esfera, proceso o condición de la realidad social. Así, la perspectiva macrosociológica objetiva el conflicto como proceso social, acompañado de otros procesos como el cambio, la tensión, la estructuración, la dinámica, entre otros. De esta forma, en la macroteoría sociológica se encuentran posturas que pretenden aprehender el conflicto ya sea desde la estabilidad y el conservadurismo (estructural-funcionalismo) o desde la dinámica social (Marxismo-teoría crítica).

Una aclaración pertinente es el alejamiento de la mirada microsociológica, la cual ve al conflicto como dimensión de la cotidianidad, elemento constitutivo de los mundos de la vida donde posturas como el interaccionismo simbólico y la sociología de la vida cotidiana, han brindado aportes teórico-metodológicos para la comprensión del conflicto desde esta perspectiva, sin embargo esta lectura desde una orientación comprensiva se aboca a los microcosmos vitales de los sujetos, como hechos reales que distan de los metarrelatos teóricos y trabajan para ello desde categorías como el mundo de vida, la interacción simbólica, intersubjetividad, resignificación, rutina y

dramaturgia, lo cual requiere que estas lecturas se den en gran medida desde la etnografía o la etnometodología. Por ende, no nos enfocaremos en esta perspectiva micro, la cual es de la misma forma que la macro, bastante potente.

2. Dos grandes corrientes del conflicto social

Posterior a esta delimitación, nos internaremos brevemente en las dos corrientes más fuertes de la macrosociología en lo referente al estudio del conflicto social, las cuales son la estructural-funcionalista y la marxista, para ulteriormente observar los cambios y redefiniciones que tuvieron a partir de la década de los cincuenta del siglo pasado.

Desde la primera corriente, estructural-funcionalista clásica, el conflicto social deviene en disfuncional al incidir “negativamente” en la estructura social, idealizada en términos de estática. Es de anotar que el estructural-funcionalismo como postura macrosociológica, emerge en el contexto histórico-social de Europa entre los siglos XVII y XVIII impulsado en gran parte por el pensamiento de Rousseau, en una época con un contexto signado por las revoluciones y grandes cambios. De esta forma, queda claro el interés subyacente desde esta perspectiva paradigmática de ver el conflicto como sinónimo de desorden y por ende, ser una realidad que debe ser transformada, cambiada o evitada en la experiencia social. De esta forma, la visión macrosociológica propuesta desde autores como Durkheim y Merton, permite acercamientos teóricos entre aspectos psicosociales cotidianos y las estructuras y funciones del sistema social al cual pertenecen. Así, la consideración funcional de la *anomia* en tanto motivo para la regulación, permite la incursión investigativa en aspectos como la anticipación moral, la superación del dualismo individuo/sociedad y, para este caso concreto, el conflicto social. “Es de anotar que

tre los elementos y el consenso de todos ellos para el mantenimiento de la sociedad. La segunda concepción toma la imagen de discordia social, y es posible la integración solo por la vía de la coacción. Es el modelo de pacto social presentado por Hobbes. Sus tesis principales son: la sociedad en constante cambio, la sociedad integrada por elementos contradictorios que contribuyen al cambio social, y la coacción de algunos elementos sobre otros para el mantenimiento de la sociedad. Ambas concepciones, como arquetipos de referencia, han inspirado varias teorías sociológicas distintas e incluso han tomado recíprocamente aspectos una de otra. Estos enfoques sociológicos han sido retomados por numerosos autores entre los que se encuentran: T. Parsons, que sigue el esquema de Rousseau, y C.W. Mills que toma el de pacto social de Hobbes” (Giner, 1998, p. 1).

la ruta de entrada propuesta por estos autores para el estudio del conflicto social se relaciona con el principio de la organización social, desde la cual, la primera manifestación del conflicto es la anomia, el delito o la desviación” (García et al, 2006, p. 21).

En Durkheim observamos que la anomia, en cuanto no acogimiento de determinadas representaciones colectivas y búsqueda de resignificaciones, da paso a la autoalteración de los mundos de vida en lo micro y la redefinición de los órdenes de vida en lo macro, es decir, “posibilita la transformación y renovación social, siempre y cuando se encuentre en el espectro de la regulación social. Estas consideraciones podrían conducir al planteamiento de la desviación como eje dinamizador de lo social (parte de la dinámica social), y por lo tanto, posible reguladora y anticipadora de nuevos órdenes y realidades sociales” (García et al, 2006, p. 22), por ende la desviación podría conducir cierta actuación que altera continuamente las representaciones colectivas y sus concreciones históricas, erosionando la eficacia simbólica del mundo contemporáneo en cuanto animadora del actuar social. La trilogía representación/sugestión/actuación, en cuanto profecía de autorrealización, encuentra fisuras en el momento de la reproducción cultural.

Tal como lo expone Merton, existe la incongruencia entre los fines culturalmente reconocidos como válidos (representaciones culturales) y los medios socialmente contruidos y significados como legítimos para su consecución, la desviación hace su aparición en cuanto intentos reformistas de actualización de fines/medios y cambios de fines culturales. Este proceso se da gracias a que el sistema social no alcanza a abarcar la totalidad de las demandas suscitadas en los actores encantados o sugestionados por los fines culturales reproducidos y socializados, dando con ello cabida, por una parte, a las dinámicas sociales subculturales (reformistas) y a las dinámicas sociales

contraculturales (de cambio), de allí que para Merton se puede entender la anomia “como aquella crisis de la estructura cultural que se verifica especialmente cuando existe una fuerte discrepancia entre normas y fines culturales, por una parte, y las posibilidades estructuradas socialmente de actuar en conformidad a aquellos, por la otra” (Baratta en García et al, 2006: 23). Esta discrepancia o conflicto es funcional en cuanto posibilidad de actualización del sistema social, y es disfuncional, al originar desintegraciones en dicho sistema. Para el mantenimiento del *status quo*, los actores que se encuentran agenciando, desde lo contracultural, resquebrajamientos o rupturas en el sistema social, tienden a ser invisibilizados o etiquetados como: delincuentes o contestatarios.

La autoalteración de los mundos de vida en lo micro y la redefinición de los órdenes de vida en lo macro, es decir, “Posibilita la transformación y renovación social, siempre y cuando se encuentre en el espectro de la regulación social. Estas consideraciones podrían conducir al planteamiento de la desviación como eje dinamizador de lo social (parte de la dinámica social), y por lo tanto, posible reguladora y anticipadora de nuevos órdenes y realidades sociales”

Por otra parte, el segundo filón de la macrosociología clásica es la marxista. En el campo de la teoría sociológica conflictualista del marxismo, que emerge en la primera mitad del siglo XIX en Alemania, Francia e Inglaterra, con la activa participación de Karl Marx y Federico Engels, seguida de la contribución amplia de multitud de teóricos a lo largo y ancho del mundo durante el siglo XIX y XX; la unidad básica de análisis utilizada en sus estudios, a fin de explicar el conflicto, los movimientos y los cambios en la sociedad, es la clase social. Es decir, el marxismo concibe a la sociedad como cuerpo de organización integrado y dividido entre distintas clases sociales, con intereses enfrentados. Históricamente, en los diferentes periodos de la vida en sociedad, han variado las clases sociales: esclavos y patricios, siervos y señores feudales, proletarios y burgueses, etc., pero siempre la sociedad ha estado fraccionada en clases sociales con objetivos contrapuestos. A su vez, la lucha de clases sociales ha sido el motor de las grandes transformaciones sociales y el aguijón que ha espoleado el conflicto en todas las épocas y lugares de la historia de la humanidad. La lucha de clases en los distintos periodos o fases de la historia aparece motivada en contradicciones principales y secundarias. Las primeras, son aquellas que tienen un carácter antagónico, puesto que no pueden ser conciliadas y solamente se resuelven por una pugna entre contrarios que conlleva a un nuevo estado de cosas, o superación de la contradicción mediante la destrucción dialéctica de los opuestos. Algunos de los postulados sustanciales del marxismo y que permiten entender la forma como esta perspectiva sociológica asume el conflicto son, sintetizando el análisis de Giner (1974, p. 78-85):

1. La historia consiste en un conjunto diacrónico de procesos dialécticos, es decir, de procesos que resuelven tensiones y contradicciones entre relaciones y fuerzas sociales antagónicas u opuestas.
2. En un momento dado de la historia, la conciencia humana, aplicada a la naturaleza, produjo tales fuerzas productivas, las cuales entrañaron un grado notable de división social del trabajo. A su vez, esta última dio lugar a la aparición de los medios de producción, lo cual significó la diferenciación del poder entre los individuos o grupos que controlan la producción y quienes se ven inevitablemente llevados a vender su fuerza de trabajo. Así comenzó la historia de la desigualdad social o la historia de la civilización industrial.
3. El poder y la autoridad son función de la propiedad de los medios de producción. La distribución de la propiedad privada es el principio estructurante de toda la sociedad y con ello fuente de desigualdades y conflictos sociales.
4. La división del trabajo combinada con una posesión diferencial de los medios de producción (tierra, herramientas, enseres, maquinaria) da lugar a un estado de desigualdad social y de explotación de unos hombres por otros, de una mayoría por una minoría. Bajo tales condiciones el hombre no es dueño de su propio trabajo, ni de su propia persona, ni está unido a los demás hombres, sino que está en relación antagónica con ellos. Es decir, que padece un estado de alienación.
5. La desigualdad social y los diversos modos de la alienación se plasman en la formación de las clases sociales, cuya estructura y dinámica dependen en última instancia del desarrollo de los medios de producción, es decir, de la economía.
6. Cada sistema económico (patriarcal, esclavista, feudal, capitalista) crea nuevas productividades a medida que se

desenvuelve. Estas contradicen cada vez más las relaciones socioeconómicas de producción y el marco político en cuyo seno se desenvuelven, hasta que se produce una ruptura revolucionaria que hunde el sistema predominante. Aunque pueden darse reveses y regresiones parciales, ello significa que cada nivel o estadio histórico es superior al anterior (en complejidad técnica, riqueza de bienes, dinámica social, conocimientos) y que la historia posee una trayectoria ascendente o progresiva.

7. La historia posee un sentido: a través de sus leyes de desarrollo (que son cognoscibles) la historia conduce a la humanidad a un estado supremo de liberación. Trátase del advenimiento del comunismo en el que no existirá explotación y los hombres se entregarán a la expresión de todas sus facultades creativas.
8. La cultura (o sea, el conjunto de instituciones y creencias jurídicas, religiosas y morales) es producto de las relaciones de producción del sistema de desigualdad social predominante. Como tal posee una capacidad de retroacción sobre la estructura socioeconómica que la genera, de modo que puede alterarla y modificarla en cierto modo. Mas las fuerzas infraestructurales (la economía) son las que a la postre determinan la dirección de la historia, pues prevalecen siempre sobre las superestructurales.
9. La fase más interesante para el estudio de la historia es la nominada por el sistema económico capitalista, puesto que es su inexorable crisis final la que ha de crear las condiciones que conduzcan a la fase histórica de liberación señalada.

Por último, se observan los aportes a la macrosociología del conflicto desde la posguerra donde las posturas clásicas encuentran versiones actualizadas, y por ende resignificadas o reconstruidas. Aquí la teoría del conflicto reaparece en el debate como un desafío a la teoría parsoniana en el nivel de la generalidad abstracta —es decir, como una alternativa sistemática ante la “teoría del orden” de Parsons²— apareció primeramente en 1956, en el libro *Las funciones del conflicto social* de Lewis Coser³. Poco después, Ralf Dahrendorf⁴ lo usó nuevamente en *Clase y conflicto de clases en la sociedad industrial*, al igual que John Rex⁵ en su libro *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*. Estos utilizaron argumentos influyentes⁶. El libro de Coser constituye una crítica de la teoría parsoniana “desde dentro”, aduciendo que aun desde una perspectiva que enfatice los requisitos de los sistemas funcio-

2 Parsons, Talcott (1968). *La estructura de la acción social*, Madrid: Guadarrama.

3 Coser, Lewis (1961). *Las funciones del conflicto social*. Buenos Aires: Ediciones Amorrortu.

4 Dahrendorf, Ralf (1959). *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Madrid: Editorial Tecnos.

5 Rex, John (1961). *Problemas fundamentales de la sociología contemporánea*. Buenos Aires: Ediciones Amorrortu.

6 “Aunque el argumento de Coser se inspiraba explícitamente en Simmel y Freud [...] aun los críticos de Parsons retomaron su teoría en alguna parte significativa. La teoría del conflicto de Coser está expuesta desde una perspectiva más o menos funcionalista. El trabajo de Dahrendorf presenta otros problemas. Su justificación de la teoría del conflicto deriva de Marx y Weber, y dedica buena parte del trabajo a argumentos de exégesis e interpretación que clasifican y demuestran la relevancia de estos dos autores clásicos en cuanto al conflicto. Buena parte del resto del trabajo sostiene que las condiciones de la sociedad de posguerra solo vuelven sostenible una teoría del conflicto no marxista. El espacio que Dahrendorf dedica a la “teoría del conflicto” en sí misma es pues reducido” (Alexander, 1990, p. 79).

nales el conflicto social se puede considerar positivo y valioso. Tomaremos inicialmente a estos dos autores⁷ (Coser y Dahrendorf), los cuales consideramos que han generado las síntesis más amplias de la teoría del conflicto en los debates sociológicos contemporáneos.

Para el caso de Lewis Coser, actualiza la versión clásica del estructural funcionalismo del conflicto, principalmente el propuesto por Parsons (aunque también retoma conceptos de Marx⁸), en cuanto acepta su existencia y con ello una mirada dinámica de lo social, que ve en los conflictos de diferente índole o matiz oportunidades para el aprendizaje social, es decir, la posibilidad desde los conflictos de que los sistemas sociales consigan su sostenibilidad. Además, al igual que Parsons, hablaba de cambio *en* el sistema y cambio *del* sistema. Para Coser la distribución de las riquezas, del poder y del status pueden

ser puestas en duda por algunos individuos o grupos sociales, lo que socava las bases de legitimidad de determinada sociedad. En otras palabras, todo sistema social implica una distribución del poder, así como de la riqueza y de posiciones de status, entre los actores individuales y los subgrupos componentes, donde nunca hay una completa concordancia entre lo que los individuos y los grupos dentro de un sistema, consideran su justo derecho y el sistema de distribución. El conflicto social sobreviene cuando diversos grupos e individuos frustrados, se esfuerzan por aumentar su parte de gratificación. Los intereses creados, necesariamente, ven en el ataque a su posición, un ataque al orden social.

Dado el hecho de que está hablando de relaciones sociales para la explicación del conflicto social, resulta interesante mencionar, en segundo lugar, el concepto de *privación relativa*. La noción de privación relativa indica la privación que surge, tanto del monto absoluto de frustración, como de la discrepancia experimentada entre la suerte de cada uno y la de otras personas o grupos que sirven como marco de referencia. “Que grupos o individuos subordinados lleguen o no a considerar como estándares de referencia a grupos o personas superordinados depende, al menos en parte, del hecho de que consideren ilegítima la desigual distribución de derechos y privilegios” (Coser, 1961, p. 61). Cuando los individuos o distintos grupos que componen la sociedad, por ejemplo los desocupados, enfrentan al poder, mediante protestas o acciones violentas, debe tenerse en cuenta que una de las razones por las cuales lo hacen tiene que ver con el hecho de que consideran que ellos no merecen estar en esa situación y que merecen, desde su punto de vista, otro tipo de reconocimiento por parte de la sociedad en cuanto a status, poder y riqueza. Ante esta situación de conflicto, los que tienen poder, status y/o riqueza, pueden reaccionar defendiendo sus *intereses creados* (de una forma organizada o no).

7 Por supuesto se reconoce que el avance de las discusiones sobre conflicto trae consigo una multiplicidad de estudiosos como Giddens (1997), Giner (1974) o Ritzer (1993), entre muchos otros.

8 Nos interesa resaltar lo que dice Coser acerca de Marx y en qué nos puede ser útil su lineamiento teórico. Marx nos sirve para comprender las relaciones entre grupos de intereses comunes y los conflictos entre los mismos, de acuerdo a las posiciones que ocupan en la estructura social: “la teoría social de Marx enfoca la atención en tres conceptualizaciones interrelacionadas. Acentúa la importancia de los intereses comunes y analiza las condiciones estructurales que llevan a la emergencia de esos intereses comunes; analiza los modos en qué posiciones particulares dentro de una estructura social predisponen al desarrollo de tendencias alienativas y analiza las relaciones unilaterales de poder, en cuanto surgen del acceso desigual a los recursos escasos y a las posiciones, también escasas, de poder” (Coser, 1970, p. 142). Según Coser, Marx “continúa siendo el mejor analista de las relaciones asimétricas. En oposición a los teóricos sociales que se aferran a un modelo armónico de la sociedad y acentúan la simetría de la orientación mutua de los actores, Marx se interesa en los hechos de la dependencia unilateral y, por lo tanto, de la explotación y la negación de la reciprocidad” (Coser, 1970: 141).

En síntesis, Coser a partir de esta definición del conflicto social, un conflicto será “conflicto social” cuando trascienda lo individual y proceda de la propia estructura de la sociedad. Lewis Coser ha intentado elaborar una teoría general de las funciones integradoras del conflicto social, en la que afirma que ciertas formas de conflicto son necesarias para el mantenimiento de la identidad, de la cohesión y de la delimitación de un grupo social, hasta tal punto que en ocasiones un determinado grupo social no existiría si no viviera en conflicto o en preparación para un conflicto inminente. El intento de integración a partir de una situación de desigualdad social provoca conflicto, pero dicho conflicto es precisamente el factor del cambio social.

Por otra parte, uno de los sociólogos que se ha ocupado de reformular la teoría de los conflictos sociales es Ralf Dahrendorf, considerado como su principal representante. Aunque no existe hasta el presente una teoría general del conflicto social totalmente satisfactoria, Dahrendorf ha elaborado un modelo teórico capaz de explicar la formación de grupos de conflicto y su acción social para lograr la integración mediante los necesarios cambios de estructura en la sociedad. El modelo teórico de Dahrendorf aporta gran riqueza conceptual y teórica. Se inspira en Marx, los socialistas utópicos, Weber y la Escuela de Frankfurt. Dahrendorf parte de un análisis de la obra de K. Marx viendo las contribuciones a la teoría de los conflictos sociales y señalando las críticas. Marx ha puesto de relieve la permanencia de conflicto en toda sociedad, siendo este inherente a la propia sociedad y a su funcionamiento. Los conflictos oponen siempre a dos únicos grupos con intereses totalmente contrarios: el que defiende los intereses establecidos y el que no los acepta y propugna el cambio de estructuras sociales. El conflicto es el principal motor de la historia porque produce forzosamente cambios en las estructuras sociales a corto o a largo plazo. Marx señala que los fac-

tores estructurales del cambio social son de dos tipos diferentes: los exógenos que actúan sobre el sistema desde fuera (difusión de técnicas y de conocimientos, situación geográfica, etc.) y los endógenos que surgen del propio sistema por su peculiar estructura y su funcionamiento. Marx afirma que el propio sistema social origina fuerzas endógenas que lo transforman, como la lucha de clases, producto de las contradicciones internas de la sociedad capitalista.

Según Dahrendorf, Marx ha reducido todos los conflictos sociales a conflictos de clase. A su juicio representa una simplificación extrema ya que existen conflictos no reducibles a dicha dialéctica de clases. Por ende, este autor permite comprender, desde la actualización que hace de los referentes marxistas del conflicto, la existencia de ciertas condiciones consistentes en (García et al, 2006):

1. Las posibilidades de comunicación entre los individuos de grupos antagónicos de interés: la existencia de diferentes tipos de comunicación entre antagonistas y grados en cada uno de ellos, permite en momentos determinados la intensificación de las dinámicas conflictivas o su atenuación. Esta perspectiva comunicativa será el centro del interés de algunos autores de la teoría crítica actual, tales como Jürgen Habermas y K. O. Apel.
2. Grado de movilidad social de los individuos: consistente en la posibilidad que experimentan los sujetos históricos de moverse en la estructura social, es decir, el tipo de oportunidades existentes desde lo social, cultural, político y económico para una posible mejora de las condiciones de vida, según el referente que de ello tengan las diferentes formaciones sociales. Así, la inminencia de los conflictos sociales puede devenir de la carencia de meca-

nismos sociales por parte de los sujetos históricos, para mejorar sus condiciones materiales y espirituales de vida.

3. Eficacia de mecanismos y estrategias sociales, para la regulación y reglamentación de los conflictos: este ítem se relaciona con la existencia o no en los diferentes contextos sociales, de referentes simbólicos, mecanismos y estrategias sociales capaces de potencializar o atenuar los diferentes tipos de conflictos sociales. La eficacia simbólica de estos recae en los niveles de legitimidad que posean, es decir, en la forma como son reconocidos, adoptados y socializados por las diversas manifestaciones sociopolíticas humanas.

Por último, en esta teoría el orden social se edifica en las arenas movedizas de las diferentes tensiones sociales que nunca desaparecen, por ello permite entender el cambio y el conflicto no ya como desviación de un sistema “normal” y equilibrado, sino como características normales y universales de toda sociedad, lo cual aporta a la trilogía cambio/conflicto/dominio, para la comprensión de la desviación social. “Según este enfoque sociológico para el estudio del conflicto, la integración social basada en consensos universales es una reificación que opera como sofisma y por tanto, torna incomprendible la dinámica social existente, en este aspecto ayuda a la complementación o complejización de la propuesta estructural funcionalista, al relativizar el deber ser devenido del consensualismo y amplía la mirada clásica del conflicto social del marxismo” (García et al, 2006, p. 29).

3. Conclusiones

al acercarnos al concepto conflicto se observa que presenta una diáspora de sinónimos que rompe su unidad de significación y referencia

a marcos teóricos específicos, es decir, si este estiramiento conceptual donde por “conflicto” se designa cualquier tipo de encuentro entre fuerzas opuestas, sea que estén marcadas por la violencia (o su ausencia), la consumación de la lucha entre opuestos o a la tensión entre ellos y su objetivación con conceptos como “oposición”, “antagonismo”, “disputa”, “competencia” o “antinomía”, no permite una correcta significación, pues se cae en lo que denomina Vidales (2010) como relativismo teórico, donde al encontrarse la noción representada de diversas formas, a veces inconexas y sin un referente teórico claro se pierde toda posibilidad de construcción del sentido. En otras palabras, este relativismo se genera al hacerse referencia a un concepto que no encuentra relación con otros, emplea concepciones teóricas vaciadas de contenido que tienden a hacer referencia al sentido común y no a un contexto de producción reconocido y por último cabe aclarar que este relativismo antes que generar un panorama esclarecedor, sobre el conflicto en este caso, genera una bruma explicativa donde muchos conceptos pareciesen sinónimos, dando una falsa sensación de complementariedad conceptual.

Por otra parte, retornar a la macrosociología como enfoque y guía de análisis permitió observar a este concepto como dimensión, esfera, proceso o condición de la realidad social. Así, fue posible objetivar el conflicto como proceso social, acompañado de otros procesos como el cambio, la tensión, la estructuración y la dinámica, lo cual permitió observar como este concepto es en sí mismo una potente figura analítica (ya sea desde la estabilidad y el conservadurismo propuesta por el estructural-funcionalismo o desde la dinámica social desde Marxismo y la teoría crítica). Sumado a esto, al contemplar el concepto en esta dimensión se construyó una escala simple de abstracción, donde no se encontrará desligado tanto de sus referentes históricos de producción directos, como de sus marcos de

producción teórica. Con esto se quiere hacer referencia a una necesidad conceptual básica, reconocer las representaciones, objetos e interpretaciones del concepto en sus acepciones de origen y como estas sufren cambios, rupturas o continuidades a través de su genealogía, lo cual permite establecer formas de significación diferenciales y reconocibles en términos de conceptualización, teorización y debate epistemológico.

Por último, queda reflexionar sobre el uso de este concepto, pues como se pudo evidenciar no se debería emplear o asumir como a priori o categoría contextual tendiente al sentido común, esto por tres razones básicas. Primero, al postular una definición unívoca sobre el conflicto social se genera una tendencia conceptual de súper-agregación, donde todo podría ser conflicto, quedándose así vaciada de contenido analítico, o como opuesto de súper-especialización donde tal concepción sería únicamente aplicable a una pequeña parte del caso estudiado. En segundo lugar, si reconocemos estas tendencias y asumiéramos en una u otra, perderíamos de vista la vastedad y riqueza del conflicto social como matriz analítica proveniente de diversas conceptualizaciones, es decir, dejaríamos relegados múltiples marcos teóricos de acepción y sus posibilidades explicativas. En tercer lugar, al acercarnos al conflicto nos enfrentamos a situaciones sociales multicausales que no pueden ser abarcadas por una sola definición, o mejor aún creemos que no es posible mantener una relación causalista del mundo social, sus interacciones y entramados. Por tanto, como lo planteamos en la reconstrucción, deseamos proponer una ruta analítica diversa, donde se puedan hallar múltiples formas de analizar el conflicto social, según la configuración y abstracción necesaria del objeto a analizar.

Bibliografía

- Alexander, Jeffrey C (1990). *Las teorías sociológicas desde la segunda guerra Mundial*. Barcelona: Gedisa.
- Coser, Lewis (1961). *Las funciones del conflicto social*. Buenos Aires: Ediciones Amorrortu.
- Coser, Lewis (1970). *Nuevos aportes a la teoría del conflicto*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Dahrendorf, Ralf (1959); *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*. Madrid: Tecnos.
- Franco, Vilma Liliana (2001). *Sobre los estudios frente al conflicto urbano en Medellín; algunas consideraciones generales*. En: Balbín, Jesús William (comp.). *Movimiento social por la paz y hermanamientos*. Pueblos hermanos lazos visibles. Medellín: IPC.
- Franco, Vilma Liliana (2003). *Medellín: conflicto, violencia y ciudadanía en los noventa: un balance sobre las hipótesis interpretativas*. En: Colombia. 2003.
- García, Luis Alfredo et al (2006). *Aportes teóricos al concepto de conflicto social: una lectura desde las macro y microsociologías hasta los modelos integradores emergentes*. Revista Virajes. No 8, enero - diciembre 2006, pp. 17-47.
- Giner, Jesús (1998). *Teorías del conflicto social*. Universidad de Valencia.
- Giner, Salvador (1974). *El progreso de la conciencia sociológica*. Barcelona: Homo Sociologicus Ediciones Península.
- Giraldo Ramírez, Jorge (2005). *Conflicto armado urbano y violencia homicida*. El caso de Medellín. Centro de Análisis Político. Medellín, Colombia. Universidad Eafit.
- Guerrero, Patricio (1999). *Aproximaciones conceptuales y metodológicas al conflicto social*. En Ortiz, Pablo. (Comp.), *Comunidades y conflictos socioam-*

- bientales: experiencias y desafíos en América Latina.* Quito: UPS, ABYA -YALA - Programa FTFP/FAO – COMUNIDEC.
- Maliandri, Ricardo (1984). *Cultura y conflicto. Investigaciones éticas y antropológicas.* Buenos Aires: Biblos.
- Parsons, Talcott (1968). *La estructura de la acción social.* Madrid: Guadarrama.
- Ritzer, Georges (1993). *Teorías sociológicas contemporáneas.* Madrid: McGraw–Hill.
- Rex, John (1961). *Problemas fundamentales de la sociología contemporánea.* Buenos Aires: Amorrortu.
- Vidales, Carlos E. (2010): *Semiótica y Teoría de la Comunicación.* Tomo I. México: CAEIP.
- Vidales, Carlos (2011). *El relativismo teórico en comunicación. Entre la comunicación como principio explicativo y la comunicación como disciplina práctica.* En: Comunicación y Sociedad. Nueva Época, Núm. 16. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.



Contratos conexos: fundamentos y efectos^{*1}

*Fernando Gandini Ayerbe^{**}*

Resumen

Dentro de la evolución del derecho de los contratos, merece un espacio particular el tema de la conexidad. La figura por sí misma, ejerce fascinación propia y trae consigo una particular mezcla entre la confirmación de conceptos clásicos, y el rompimiento de algunos principios hasta ahora considerados absolutos.

Entender la conexidad en su debido alcance, significa concebir una íntima relación entre el derecho contractual y las actuales formas de llevar a cabo los negocios. Significa también comprender que el contrato, más allá de su importancia y complejidad, actúa como un instrumento, tal vez el más importante, al servicio de otras disciplinas. En efecto, el fenómeno, también

* El presente artículo se fundamenta en la ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derecho Comercial, celebrado en Cali por el Colegio de Abogados Comercialistas del Valle del Cauca.

** Magíster en Derecho Contractual de la Universidad Roma Tre, (Italia). Abogado de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Profesor del departamento de estudios jurídicos de la Universidad Icesi. Conjuez de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Árbitro del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, Abogado consultor.

denominado “redes contractuales”, se manifiesta como un facilitador de muchas costumbres negociales, y permite que el derecho, con plena aplicación de la más adecuada técnica jurídica, regule situaciones a la par de la evolución del comercio y los negocios.

De esta manera, el presente escrito tiene por objeto analizar de manera descriptiva la figura, empezando por el estudio del contexto que permite su nacimiento y desarrollo, su conceptualización, diferencias con otras figuras y las novedades que presenta.

Palabras clave: Contratos, Conexidad, Principios, Redes contractuales, Costumbres negociales.

Abstract

Within the development of the law of contracts, deserves a particular space theme of connectedness. The figure itself exerts its own fascination and brings a unique blend of classical concepts confirmation, and breaking of some principles, hitherto considered absolute.

Understand the connectedness in their proper scope, it means conceiving a close relationship between contract law and current forms of conducting business. It also means understanding that the contract beyond its importance and complexity, it acts as an instrument, perhaps most importantly, the service of other disciplines.

Indeed, the phenomenon, also called “contractual networks”, manifests itself as a facilitator of many customs negotiable, and allows the right, with full implementation of the most appropriate legal technique, adjust the torque situations trade developments and business.

Thus, the present paper is to analyze descriptively the figure, starting with the study of context for its birth and development, its concept, differences with other figures and developments presented.

Key words: Contracts, Connectedness, Principles, contractual networks, Customs negotiable.

1. Contexto

Para entender qué circunstancias permitieron el nacimiento del fenómeno jurídico de la conexidad, así como su desarrollo y efectos, se hace necesario hacer referencia a algunas situaciones que lo contextualizan:

- **El derecho como un instrumento de la economía.** En la actualidad, resulta poco discutible pensar que son los intereses económicos los que promueven y permiten muchos de los cambios en la estructura de ciertas figuras jurídicas, que de lo contrario permanecerían inalteradas.
- **Sociedad post-industrial.** En este tipo de sociedad, caracterizada por la trascendencia de los cambios tecnológicos y de índole comercial, así como por la velocidad con la que

los mismos se suceden, resulta verdaderamente difícil encontrar grandes y usuales reformas legislativas, al igual que codificaciones, como se producían en la última mitad del siglo XIX y la primera mitad del XX: es claro que los tiempos evolucionan con tal rapidez, que las necesidades cambian constantemente, y no dan espera a procesos complejos y dispendiosos como los anotados. En un panorama como el comentado son los cambios en las técnicas contractuales los llamados a regular la evolución de los negocios y los intercambios comerciales y sociales.

- **Concepción contractual práctica.** El contrato se presenta actualmente como un instrumento de administración del riesgo, por parte del operador comercial e incluso del consumidor.
- **Causas inmediatas.** Todo lo anterior, genera que se presenten unas causas inmediatas que dan nacimiento directo a la conexidad entre contratos: a) La complejidad de los procesos de producción y de las relaciones comerciales en general; b) la creciente especialización de las actividades, acompañada de la división del trabajo; c) La ampliación del sector geográfico de actividad de las empresas.

Los contratos conexos se pueden entender como los fenómenos mediante los cuales se requieren, para la realización de un acto o negocio único, la celebración de una serie de contratos relacionados entre ellos, que sin embargo guardan entre sí autonomía.

Al respecto el profesor Jorge López Santamaría, indica que *“El prototipo del contrato en las leyes, en las sentencias de los tribunales e incluso en libros especializados, ha sido casi siempre el del contrato aislado, que no hace juego con*

otros contratos. Sin embargo, en época reciente, la doctrina y la jurisprudencia, y a veces también el legislador, se percatan, desde el punto de vista jurídico, del importante fenómeno sociológico de las cadenas o redes de contratos relacionados. Determinadas operaciones económicas, a menudo requieren que sean celebrados varios contratos sucesivos, imbricados o estrechamente vinculados, de los cuales por lo general hay uno que es contrato eje y otros que son contratos subordinados o dependientes”. (López: 2007).

De manera que se podría entender la conexidad entre contratos de dos maneras complementarias, pero que ofrecen visiones distintas: a) como diría Lorenzetti, una más descriptiva, que percibe *“al contrato como un conjunto de reglas que establecen comportamientos procedimentales para lograr un resultado flexible, basado en la cooperación de un conjunto de agentes económicos”.* (Lorenzetti: 2001); b) otra, un poco más de fondo desde lo jurídico, que entraña una figura que hace referencia, de una manera particular, a conceptos como la accesoriedad de los contratos, su objeto y causa.

A la última de las acepciones aludió hace ya algún tiempo Messineo Francecso (1952), quien refiriéndose a los “contratos vinculados” señaló que *“quiere indicar el caso en que se estipulan entre las mismas partes dos contratos en relación de dependencia mutua, en el sentido de que la ejecución del uno queda subordinada a la ejecución del otro;...La característica de los contratos recíprocos (que, por otra parte son autónomos, aunque interdependientes) deriva de la intención de las partes, las cuales conciben los dos contratos como unidad económica. Desde el punto de vista jurídico, su característica estriba en esto: que cada uno constituye como la causa del otro”.*

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia fijó su atención en el fenómeno al indicar que *“...sucede con frecuencia que en ejercicio de la*

llamada autonomía negocial y tras expresar su voluntad en un único documento, las partes le dan vida a diversos contratos que, aun conservando su identidad típica y por ende quedando sometidos a la regulación que les es propia, quedan sin embargo coligados entre sí, funcionalmente y con relación de recíproca dependencia, hasta el punto de que las vicisitudes de uno, en mayor o menor grado, pueden repercutir en los otros..." (Corte Suprema de Justicia, 1999).

2. Requisitos

la verificación del fenómeno requiere del cumplimiento de ciertos requisitos, que a su vez, caracterizan la figura de manera concreta. Estos, siguiendo la clasificación que realiza la profesora Adela Seguí (2001), son:

- **Pluralidad de contratos.** Deben celebrarse dos o más contratos, cada uno con causa y objeto únicos y autónomos. En este punto, resulta relevante destacar que la causa es entendida como la función económica social que el contrato cumple en cada caso.
- **Heterogeneidad.** Regulan las relaciones económicas desarrolladas por prestadores de servicios, consumidores, empresarios, o en actividades de tercerización. De manera, que la conexidad se aplica, indistintamente, a todas aquellas actividades en las cuales el contrato se aplica como un instrumento para la realización de negocios.
- **Finalidad económica supra contractual.** Es el más importante entre los requisitos de los contratos conexos, ya que "...el fin económico de la operación trasciende la individualidad de cada contrato. Esa finalidad se satisface en la medida que actúe el conjunto de contratos. (Gastaldi: 1999).

En efecto, aquí nos encontramos frente a un objetivo que resulta más grande que el objeto mismo de los contratos, que lo desborda habida cuenta de que el interés es económico y no estrictamente jurídico.

En ese sentido, Lorenzetti recalca que *"... esa finalidad económica supra contractual constituye la razón de ser de la unión de varios contratos en un sistema, de manera que si se desequilibra la misma, se afecta todo el sistema y no un solo contrato, vinculando la causa en estos supuestos a sujetos que son parte de distintos contratos situándose fuera del vínculo bilateral, pero dentro del sistema o red contractual"* (Lorenzetti: 1998).

Sobre el mismo punto se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos: *"Desde un ángulo funcional, amén que realista, el fenómeno materia de análisis, revela que, en procura de la realización de una operación económica, los interesados celebran diversos contratos, de manera que solo el conjunto de ellos y, más concretamente, su cabal ejecución, los conduce a la consecución del objetivo que persiguen. Por ello acuden a la pluralidad negocial, como quiera que dicho objetivo, en sí mismo, no siempre pueden obtenerlo a través de la realización de un solo tipo negocial. De ahí que, lato sensu, se aluda a la expresión 'operación económica', sin duda de carácter más omnicomprendensiva, a la vez que desprovista de alcances puramente jurídicos, ya que es una locución ante todo descriptiva".* (Corte Suprema de Justicia: 2007).

3. Particularidades

Los aspectos que caracterizan la figura de la conexidad contractual, y que en realidad la

convierten en un fenómeno particular, son las siguientes:

- El punto de unión está en una finalidad económica de carácter supra contractual. Este punto, que ya se había mencionado como requisito de la figura, se explica a partir de la siguiente claridad: *“El sistema es un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales. Son elementos del sistema: a) la causa sistemática, que justifica un equilibrio del sistema que permite el funcionamiento de las uniones de contratos; b) las obligaciones y deberes colaterales sistemáticos, en virtud de los cuales los integrantes tienen deberes y obligaciones respecto de los demás miembros o terceros, que tienen su origen en el sistema”*. (Seguí: 2001).

De manera que una cosa son los contratos y otra, bien distinta, es el interés, que desborda el objeto, causa y efectos de los negocios jurídicos. Y es precisamente ese interés, sin condicionamientos dentro del derecho, el que permite que las figuras jurídicas encuentren un vínculo fuerte y duradero. Lo anterior lleva a pensar que, si por cualquier circunstancia se afecta el fin único, representado en la supracontractualidad, se afecta el sistema contractual como tal, pero seguramente no los contratos individualmente concebidos, que mantienen su estructura, condiciones y efectos particulares.

- Va más allá de la mera reciprocidad de las prestaciones. (Messineo: 1952). Esta afirmación de Messineo, constituye seguramente la verdadera innovación de la figura frente a la tradición contractual romano germánica. En efecto, el indicar que la conexidad de

los contratos va más allá de la reciprocidad de las prestaciones, trae consigo el rompimiento del principio que reza que los efectos de un contrato se generan interpartes. De esta manera, se puede afirmar, en términos prácticos, que la conexidad genera la fractura con lo que comúnmente se denomina como el efecto relativo de los contratos.

Con referencia al último concepto, tratado por gran parte de la doctrina contemporánea como un subprincipio, Nicolás Pájaro Moreno ha expresado que *“Al hablar del principio de la autonomía privada, expresamos que, tal como los particulares tienen la facultad de crear normas jurídicas con carácter vinculante, dichas normas se restringen a un campo de acción bastante reducido, pues únicamente pueden producir efectos frente a las partes del negocio”*. Este subprincipio se ha denominado la *“relatividad”* de los contratos, o su *“efecto relativo”*, y se expresa usualmente con la máxima latina *inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse potest*. De acuerdo con ella, las obligaciones y los derechos que surgen del contrato únicamente pueden producir efectos entre las partes, y por regla general no deben vincular a terceros”

De esta manera, es posible empezar a concebir que, vía un interés supra contractual, el contrato celebrado entre dos o más partes, termine surtiendo sus efectos, o algunos de ellos en sujetos no celebrantes de ese acto jurídico. O por el contrario, la conexidad, llamada en este caso relevante, permite que los inconvenientes de un contrato surtan efectos en los demás contratos de la operación económica.

- Se diferencian de otras modalidades de relación contractual. En este caso,

la diferencia más relevante recae sobre los contratos atípicos mixtos, en la medida en que estos últimos son un solo contrato atípico, una sola figura contractual que conjuga prestaciones correspondientes a varios contratos.

Esto lleva a pensar que “*en el contrato mixto hay una sola causa (mixta) y en los conexos dos o más causas distintas, en correlación al número de contratos que se haya concluido*”. LÓPEZ (López: 1994);

- Su interpretación. Se lleva a cabo en función de la operación económica que persiguen. Lo anterior indica que la regla general de interpretación de los contratos en Colombia, contenida en el artículo 1618 del Código Civil, se confirma aún en la conexidad contractual.

Lo indicado con anterioridad parece tener lógica, por cuanto la intención de las partes se ve reflejada en el fin económico supra contractual, elemento, que como ya se dijo, representa el punto de unión de los distintos contratos de la red. De otro lado, una interpretación de otra índole, referida a un acto contractual en particular, se quedaría corto respecto del fenómeno constituido por diferentes actos jurídicos.

Lo anterior es ratificado por la Corte Suprema de Justicia, al indicar que, en los casos de contratos coligados, “*es deber de los jueces establecer con cuidado y con base en las pruebas recaudadas si, además de las finalidades de cada uno de los contratos celebrados, existe o no un objetivo conjunto y general querido por las partes*”. (Corte Suprema de Justicia: 2007).

4. Un caso concreto

En Colombia el fenómeno de la conexidad contractual ha tenido tratamiento jurisprudencial a través de sentencia del 25 de septiembre 2007, cuyo magistrado ponente fue el doctor Carlos Ignacio Jaramillo. El caso que en su momento analizó la Corte se fundamentó en la celebración de un contrato de *lease back*, o retro arriendo, el cual, habida cuenta del tratamiento otorgado por la Corte, sirve para ejemplarizar los conceptos indicados en los puntos anteriores. Con este objetivo, y esperando no descontextualizar lo argumentado por la corporación, a continuación se presenta una síntesis de los conceptos más relevantes que al respecto (la sentencia toca otros puntos que se escapan del tema en cuestión) propone la Corte:

En el caso citado, las partes contratantes celebran primero un contrato de compraventa, y 15 días después, un contrato de leasing financiero.

Posteriormente, la parte compradora demandó el primer contrato solicitando su rescisión y consecuente devolución, ofreciendo como fundamento para ello la ocurrencia de una lesión enorme. Esta petición es estimada por el juez de primera instancia. En segunda, el Tribunal Superior de Bogotá, consideró que los dos negocios (compraventa y leasing) se celebraron en “*ámbitos témporo-espaciales diferentes*” y que el hecho de que la persona que vendió el inmueble fuera la misma que lo tomó en arriendo financiero, no era indicativo de que se estuviera en presencia del referido negocio jurídico.

Argumentó además que “*... no compartía lo alegado por la demandada en el sentido de que existía un contrato de “lease back” que involucraba la celebración de un contrato de compraventa y uno de leasing financiero, ya que “no pueden*

considerarse esos dos negocios jurídicos como uno solo, aunque en su celebración hayan intervenido idénticas partes y se refieran al mismo objeto”.

Precisó, a renglón seguido, que en la compraventa se busca adquirir un bien, mientras en el arrendamiento proporcionar el uso y goce de una cosa a cambio de una renta; el primero es solemne, en tanto el segundo es consensual, consignado en documento privado; y finalmente, que para que pueda existir el leasing, la arrendadora debe previamente hacerse a la propiedad del bien que dará en arrendamiento.

Ya en casación, la Corte considera *“impropio... que el tribunal afirmara que los dos contratos en cuestión, la compraventa y el “lease back”, eran negocios jurídicos independientes, completamente desligados entre sí”* ya que *“el primero tuvo por causa la celebración de este, sin el cual no habría tenido lugar aquel y viceversa”.*

En la misma sentencia, la Corte precisa la presencia de la conexidad contractual en el retro arriendo, haciendo referencia a un pronunciamiento de 2002, de la misma corporación, en la que indica que *“En su fase o etapa precontractual (iter contractus), el leasing suele estar precedido, las más de las veces, de la formulación de una puntual indicación que el candidato a tomador le formula a la compañía de leasing, para que esta —a nombre propio— adquiera el bien o bienes sobre los cuales habrá de celebrarse el contrato, de forma tal que cuando esa actuación se materializa, la adquisición del bien por parte de la sociedad de leasing (negocio jurídico de aprovisionamiento), es meramente instrumental, en cuanto tiene su razón de ser, únicamente, en el posterior perfeccionamiento de la descrita negociación que puede servir como herramienta para acceder al crédito —como en el leasing financiero—, o para monetizar activos sin necesidad de sustraerlos de un proceso de producción —como en el “lease back”.*

Después de realizadas las anteriores precisiones, la Corte concreta la presencia inequívoca de las características de la conexidad en el lease back, de la siguiente manera: *“Como se aprecia, en la esfera negocial, es esta una operación económica que involucra la realización de dos contratos diversos, pero estrechamente vinculados, a saber: la compraventa, mediante la cual el candidato a usuario transfiere la propiedad de la cosa a la sociedad de leasing (negocio instrumental), y el “lease back”, por cuya virtud esta le permite al proveedor el uso y goce del bien a cambio de una contraprestación económica.*

Se trata, pues, de un claro caso de conexidad contractual, por cuanto ambos negocios jurídicos se justifican recíprocamente, en la medida que es con miramiento en el leasing que el futuro usuario vende y que la sociedad de leasing compra, lo que, al tiempo, determina que en unas mismas personas converjan distintas calidades por razón de las obligaciones que despuntan de uno y otro contratos: vendedor, tradente y usuario, por un lado, comprador, adquirente y leasing, por el otro”.

Finalmente, cabe resaltar que la Corte es precisa en señalar que si bien *“se trate de negocios jurídicos vinculados —articulados, encadenados o coligados—, no significa, como entonces lo sugiere el recurrente, que, en últimas, se trate de un solo contrato, más concretamente que la compraventa se entienda subsumida en el contrato de leasing”.*

De esta manera, la sala civil de la Corte Suprema de Justicia significa, de manera clara y directa, cómo la operación jurídica—económica del retro arriendo refleja un interés común que se verifica en el negocio de la financiación en general, que permite observar una específica unidad negocial. Refleja también, que dicha operación, es compuesta por dos contratos que, más allá de su vínculo supra contractual, mantienen total autonomía en cuanto a su objeto, características y naturaleza en general.

5. Conclusiones

- La concepción sobre el alcance de las relaciones contractuales es, hoy en día, mucho mayor, ya sea desde la perspectiva de los fenómenos que regula, como dese los efectos que produce.
- Los efectos de los contratos, en este tipo de fenómenos socioeconómicos, no se limitan exclusivamente a las obligaciones de las partes y a su bilateralidad y equilibrio. Estos efectos van más allá, hacen relación a un mayor número de partes, de intereses y de prestaciones.
- El fenómeno de la conexidad hace referencia a los diferentes tipos de contratos, y la normatividad particular de cada uno, que debe permanecer independiente en cada caso.
- No debe confundirse el fin único supra contractual y los efectos (más allá de los interpartes) que se derivan de la figura, con los objetos de los contratos, que son autónomos, y su independencia normativa.
- Como ya se ha podido observar, la conexidad contractual como fenómeno jurídico trae interesantes innovaciones, como lo son las limitaciones al principio de los efectos interpartes, y al subprincipio de la relatividad en los contratos. Pero también trae consigo

la confirmación de figuras tradicionales y fundamentales en la disciplina contractual, como la causa y el objeto de los contratos.

Referencias

- Gastaldi, José M. *Centenario*. Jorge, Colla, Guillermo, Jornada nacionales de derecho civil, Santafé Argentina, 1999.
- López Santamaría Jorge. Citado por la Corte Suprema de Justicia, 2007, Exp. N° 11001-31-03-027-2000-00528-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.
- López Frías, Ana. *Los contratos conexos*. Barcelona, José María Bosch Editor, 1994, p. 284.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, *Contratación Contemporánea*, Temis, Bogotá 2001, p. 123.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santafé, Rubinzal Culzoni, p. 222.
- Messineo Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pp. 403-404.
- Seguí Adela, *Contratación Contemporánea*, Temis, Bogotá 2001, p. 190.
- Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Sentencia de 6 de octubre de 1999, Exp. 5224.
- Corte Suprema de Justicia, 2007, Exp. N° 11001-31-03-027-2000-00528-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.



Contraste y comparación de la Ciencia Política frente a un caso particular

Primera Parte*

*Luis Miguel Obando Tobón**

Resumen

En esta primera parte del artículo se pretende describir y analizar la institucionalización de la ciencia política en Europa y Estados Unidos desde su nacimiento en el siglo XIX hasta su consolidación en la primera mitad del siglo XX, con el propósito de hacer una comparación de la disciplina en la Universidad de Antioquia, la cual, dentro de dicha institución, ha asimilado y rechazado ciertos procesos, paradigmas, teorías y debates del proceso de institucionalización de la disciplina en el ámbito europeo y estadounidense.

Palabras claves: Institucionalización; Ciencia Política; Paradigmas; Interdisciplinariedad; Universidad de Antioquia.

* Este artículo es una parte del trabajo de grado para optar al título de politólogo “La Institucionalización de la Ciencia Política en la Universidad de Antioquia: Actores, Procesos, Logros y Retos para el Futuro”.

** Politólogo de la Universidad de Antioquia. luis.obando89216@gmail.com

Contrast and comparison of political science against a particular case. First Part

Summary

The purpose of this first part of the article is to describe and analyze the institutionalization of political science in Europe and The United States from its beginning in the nineteenth (XIX) century up to its consolidation in the first half of the twentieth (XX) century in order to make a comparison of the discipline in the “Universidad de Antioquia”, which, within the institution, has assimilated and rejected certain processes, paradigms, theories and debates of the institutionalization of the discipline process in the European and American environment.

Keywords: Institutionalization; Political Science; Paradigms; Interdisciplinarity; “Universidad de Antioquia”.

1. Introducción

El propósito de este artículo es analizar la institucionalización de la ciencia política en la Universidad de Antioquia, mostrando que es un proceso discontinuo, complejo y contradictorio. Para abordarlo, se tomó como punto de inflexión la construcción del pregrado en Ciencia Política de la Universidad, pues refleja un grado de maduración de la disciplina dentro de la misma, ya que, anteriormente, existían acercamientos a los problemas políticos desde las diversas disciplinas sociales, especialmente desde la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y el Instituto de Estudios Políticos. Estos antecedentes permitieron lograr un acumulado de estudios sobre la política que terminaron creando la necesidad, debido a su maduración, de un pregrado en ciencia política dentro de la Universidad.

Por supuesto, la construcción de la ciencia política en la Universidad de Antioquia ha estado inmersa en las diferentes crisis sociales, políticas y económicas que se han dado a nivel mundial, nacional y local, las cuales han tenido su correlato en las diversas y acumulativas crisis de la Universidad y por ende de la academia, la ciencia y las disciplinas. Reconocer el contexto social y político dentro del cual surgió el ambiente académico e intelectual para enseñar y difundir la ciencia política permite enmarcar los procesos teóricos y metodológicos con los contenidos sociales y políticos, y su relación con la consolidación de la disciplina en el ámbito institucional.

La ciencia política en la Universidad de Antioquia –y en Colombia– es una disciplina joven, en construcción, por lo que se hace necesario poner el debate de la institucionalización en un escenario de contraste y comparación con Europa y Estados Unidos, pues allí, la institucionalización de la disciplina se remonta al siglo XIX, por lo que ha podido obtener mayor construcción, estabilidad y progreso. Hacer esta comparación permitirá reconocer las especificidades de la ciencia política en la Universidad de Antioquia, logrando ver cómo ha absorbido, rechazado o criticado la forma en que se construyó la disciplina en otros continentes. Por esto, se ha dividido el artículo en dos partes o entregas. En la primera, se abordará el desarrollo e institucionalización de la disciplina en Europa y Estados Unidos con el fin de mostrar el impacto que tuvo dicha consolidación sobre el proceso de creación e institucionalización de la ciencia política en la Universidad de Antioquia. En la segunda, se describirá y analizará desde los inicios hasta la consolidación de la disciplina en la Universidad de Antioquia, lo cual va desde su aparición en la

Facultad de Ciencias Sociales y Humanas hasta su consolidación como disciplina autónoma en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (pregrado en ciencia política) y el Instituto de Estudios Políticos.

2. Los inicios de la disciplina durante el siglo XIX

La historia del surgimiento de la ciencia política se remonta a un debate del siglo XIX en el cual se empiezan a delimitar sus fronteras disciplinares con las demás ciencias sociales nacientes. Allí se comienza a resquebrajar la unidad de las ciencias –que estaba sustentada en la filosofía, la epistemología y las ciencias naturales (primordialmente)¹ –, lo cual permitió a las ciencias modernas ahondar en sus objetos de estudio, sus diferencias conceptuales y sus métodos.

En este debate, que permitió la institucionalización de las ciencias sociales, fue necesario hacer una diferenciación en la estructura universitaria, que para el momento (1789) solo contaba con cuatro facultades: teología, filosofía, derecho y medicina, lo cual se dio en el transcurso del siglo XIX mediante la creación de cátedras que fueron precursoras de lo que luego se denominaría departamentos (Wallerstein: 2004). Para finales del siglo y principalmente a principios del XX cinco disciplinas se institucionalizaron dentro del sistema universitario: la economía, la sociología, la historia, la antropología y la ciencia política.

Para Wallerstein, esta división de la labor intelectual fue reflejo del triunfo de la ideología liberal, pues implicaba la delimitación del

proceso social en tres esferas: el mercado, el individuo y el Estado. El estudio de estas esferas independientes recibió el nombre de economía, sociología y ciencia política, de las cuales, esta última fue la que más se demoró en ser aceptada debido a una vieja disputa entre las facultades de derecho y filosofía a renunciar al dominio de este campo, por lo que, para institucionalizarla como una disciplina separada se tuvo que recurrir a un objetivo posterior: “el de legitimar a la economía como disciplina separada. La economía política había sido rechazada como tema con el argumento de que el estado y el mercado operaban y debían operar según lógicas distintas. Y esta lógicamente requería, como garantía a largo plazo, el establecimiento de un estudio científico separado del espacio político” (2007: 23). En este contexto, la ciencia política se apartó del análisis de las leyes debido a que la jurisprudencia era vista con una carga muy normativa y poco empírica, dando un giro hacia el análisis del comportamiento político, dentro del cual podrían establecer leyes científicas.

En ese despliegue y esfuerzo de las disciplinas por institucionalizarse se recurrió a la manera en que las ciencias naturales producían sus logros, es decir, se convirtieron en ciencias empíricas con una fuerte pretensión de ciencias aplicadas. Esto no solo respondía a una necesidad de consolidarse científicamente en la estructura universitaria y a nivel mundial, sino que había un fenómeno transversal en este proceso y era la manera de hacer ciencia que predominaba en la época, la cual estaba construida bajo dos premisas: el modelo newtoniano dentro del cual se podía alcanzar certezas debido a que existía una simetría entre el pasado y el futuro, permitiendo coexistir en un presente eterno; y el dualismo cartesiano basado en una distinción fundamental entre naturaleza/humano, materia/mente y mundo físico/mundo social (Wallerstein:2007).

Este proceso, que lo ha expuesto Wallerstein (2007) en su libro *Abrir las ciencias socia-*

1 Hay que recordar que en el siglo XVIII se da un avance grandísimo en las ciencias naturales, las cuales van a tener profundas incidencias en el desarrollo de las ciencias sociales. Una muestra peculiar de esto es que, en el libro de Ernst Cassirer intitulado *Filosofía de la Ilustración*, el principal protagonista es Newton.

les, dio paso a la consolidación de lo que él denomina “*las dos culturas*” dentro de las cuales se sustentaron las ciencias sociales y humanas: la ideográfica y la nomotética. Las disciplinas orientadas bajo la cultura nomotética –economía, sociología y ciencia política– segmentaban, para su estudio, la realidad humana con el propósito de analizarla bajo métodos científicos estrictos que pueden ser explicados de la siguiente manera: formular hipótesis derivadas de la teoría con la pretensión de ser probadas con los datos de la realidad, los cuales eran obtenidos a través de procedimientos cuantitativos. Su pretensión era poder formular, a partir de estos métodos, leyes generales que los científicos sociales creían que gobernaban el comportamiento humano; por su parte, las disciplinas ideográficas –la historia principalmente– se centraban más en lo micro, en lo específico, en lo particular y, recibían críticas de las ciencias nomotéticas puesto que eran vistas como disciplinas especulativas que inventaban o intuían la realidad.

A partir de este debate entre lo ideográfico y lo nomotético, las ciencias sociales se vieron obligadas a enfocar los terrenos de cada disciplina a través de lo que las diferenciaba (principalmente de la historia ideográfica, pero también de las otras ciencias nomotéticas) tanto metodológicamente como en su objeto de estudio, hasta el punto de crear barreras infranqueables y una “erudición sin sentido o miopía de las ciencias crecientemente positivizadas” que las convirtió en ciencias de la “autosatisfacción” (Gómez: 2003; 33). Esto responde a los paradigmas que se venían consolidando a lo largo del siglo XIX y que tuvieron su mayor alcance en el siglo XX: el positivismo (primordialmente) y el marxismo.

Antes de mirar la evolución de las ciencias sociales (en especial la ciencia política) y la de los paradigmas nombrados, conviene señalar algo importante del proceso de institucionalización de las disciplinas en el siglo XIX, pues este solo tuvo lugar en Gran Bretaña, Francia,

las Alemanias, las Italías y Estados Unidos, principalmente porque eran países los que contaban con universidades de prestigio internacional y con estudiosos del tema, por lo que sus producciones se centraban en los procesos de dichos países (Wallerstein: 2007), convirtiéndose en ciencias euro centristas que desconocían –o mejor, no les interesaba– el resto del mundo por no ser este “civilizado” y carecer de “cultura” e industrialización.

3. La consolidación de la disciplina y del positivismo durante el siglo XX

La institucionalización de las ciencias –que se había iniciado desde la primera mitad del siglo XIX– contó con un proceso que empezó por establecer cátedras, luego departamentos que ofrecían cursos y por último títulos en la disciplina escogida, lo cual, para 1914, se vio reflejado en el triunfo consensuado de algunas de ellas en torno al debate nomotético-ideográfico: la economía, la sociología, la ciencia política, la antropología y la historia. Sin embargo, vieron su mayor afianzamiento a nivel mundial, internacional² y universitario para 1945, debido a varias razones.

Por un lado, la institucionalización de la enseñanza de las ciencias en las universidades tuvo un acompañamiento paralelo de la insti-

2 En Colombia, la disciplina entra al sistema universitario en 1968, más específicamente, a la Universidad de los Andes. Su mayor apogeo en la estructura universitaria se va a dar en los años noventa. El hecho de que haya entrado al sistema universitario en la década del 60, momento en el que se llevaba a cabo el plan Atcon, implica que estuvo presente en un momento en el que se da el tránsito de un modelo confesional de universidad a uno liberal que aplica el positivismo. Por supuesto, la Universidades en Colombia aún no han logrado apartarse del todo del modelo confesional, por lo cual, la forma de hacer ciencia se parece más a un dogma que a una construcción académica. Para mayor profundidad véase: Gutiérrez Girardot, Rafael. *Universidad y Sociedad*. En: Jaramillo Vélez, Rubén. *Argumentos: Universidad y Sociedad*. Bogotá, 1986.

tucionalización de la investigación a través del nacimiento de publicaciones y revistas especializadas en cada disciplina, lo cual ayudó a regular el campo de estudio. De igual forma, estos dos procesos eran concomitantes con la consolidación de estudiosos –a nivel nacional e internacional– en cada disciplina y, con el aumento de colecciones disciplinares en las bibliotecas.

De otro lado, los paradigmas científicos –positivismo y marxismo– que como ya se ha explicado, se venían desarrollando desde el siglo XIX –herederos sin lugar a dudas de la ilustración–, vieron su mayor auge desde el inicio de la Segunda Guerra Mundial por varios motivos: el interés por aprehender la realidad hizo que se avanzara en técnicas complejas de recolección de datos como encuestas, entrevistas y, principalmente, la estadística, las cuales, con la introducción de los computadores, permitieron enunciar sus hallazgos de forma empírica y verificable –esto tuvo influencia en las ciencias sociales al permitirles acercarse más a esa pretensión de ciencias duras, como las naturales–; de igual manera, es importante el papel que desempeñó la ciencia durante y para las dos guerras mundiales –piénsese en la bomba atómica, el desarrollo del radar, el armamento, etc.–; otro factor importante fue la transformación de las universidades norteamericanas, tanto por su expansión como por el número de personas dedicadas a la investigación. Por último, un factor clave en este proceso, fue que Estados Unidos se había convertido en potencia y, en un ambiente de guerra fría, se ponían todos los recursos en función de la ciencia para mantener una competencia equitativa con la Unión Soviética (Bell: 1984). En este fortalecimiento, el positivismo penetró³ “tanto los enfoques macro como los micro, los empiristas como los deductivistas,

tanto las perspectivas legitimadoras como las críticas” (Girola: 1992; 3).

El presupuesto del positivismo es un modelo naturalista de la sociedad, la cual se piensa igual que la naturaleza, es decir, gobernada por leyes. Esta creencia viene desde Comte, el cual afirmaba que “todos los fenómenos están sometidos a leyes naturales invariables” (Bell: 1984; 12). Con estos presupuestos, se pretendía que las ciencias sociales, a través de la cuantificación, pudieran llegar a la predicción, para lo cual era de vital importancia hacer una separación tajante entre juicios de hecho y juicios de valor, ya que para el positivismo la realidad es externa y objetiva.

Tanto doctrinal como metodológicamente, positivismo y marxismo han sido, en los últimos ciento cincuenta años, los paradigmas dominantes en las ciencias sociales. Las concepciones de la sociedad que sostuvieron Comte y Marx tienen la misma ambición respecto del conocimiento científico de la misma, su diferencia, para Miguel Caminal Badía, está en su teleología, es decir, su objetivo científico de descubrir leyes de causalidad tiene un horizonte distinto: “mientras el positivismo tiene como objeto final la causalidad que explica la estructura y funcionamiento de una sociedad determinada, el marxismo sitúa esta causalidad en el contexto más general del proceso histórico, poniendo como cuestión final la transformación y el cambio social” (Caminal: 1996; 20). Ambas teorías, que siempre se han presentado como antagónicas, en muchos aspectos se semejan y complementan: su nacimiento y desarrollo se da en sociedades industriales, tienen una idea similar de progreso, son euro centristas y, mantienen una confianza en la razón y la modernidad.

En este ambiente, las ciencias sociales, en especial las nomotéticas –economía, ciencia política y sociología – terminaron de afianzar sus métodos cuantitativos de investigación y se apoyaron, más que nunca, en el presupuesto

3 Muchos marxistas terminaron recurriendo a la seguridad científica que da el positivismo. Véase: Adorno, Theodor et al. *La disputa del positivismo en la sociología alemana*. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1973.

del determinismo del universo social. Como lo advierte Wallerstein, “el objeto de las ciencias sociales, dijeron los científicos una y otra vez, es descubrir leyes de alcance universal afines a las formuladas en física” (Wallerstein: 2005; 40). Por lo que respecta a la ciencia política en particular, es en este periodo (1945) donde nace la conocida revolución conductista, la cual, en un ambiente de desafíos y promesas para la disciplina, recurrió a plantear el problema del método para afirmar la autonomía de la misma, es decir, se preguntó por las formas idóneas de recoger la información que permitieran hacer generalizaciones y explicaciones.

En el conductismo, es de vital importancia los aportes de David Easton, el cual buscó los elementos que hicieran lo más científico posible el análisis de la política. Para dicho propósito, el encuentro con el comportamentismo, teoría nacida y desarrollada en la psicología, pero que en política se caracteriza por observar y analizar los comportamientos de los actores políticos —empleando técnicas cuantitativas como entrevistas, sondeos de opinión, simulaciones, etc.— fue de vital importancia ya que, para dicho autor “era por este camino que el análisis de la política puede aproximarse a ser ciencia” (Pasquino: 1988; 19).

Para Pasquino, en esta etapa concreta de la disciplina, se puede hablar de una ruptura epistemológica, debido a que la aplicación de los nuevos principios acercó a la disciplina a un grado de científicidad que era desconocido hasta el momento, lo cual, en parte, se debía a la utilización de las nuevas técnicas e instrumentos y a que los científicos políticos hicieron hincapié “en la elaboración de hipótesis, en la recogida de datos, en la formulación de explicaciones: una necesidad más intensa de científicidad” (Pasquino: 1988; 20).

El momento más acabado desde que las ciencias nomotéticas emprendieron sus propósitos había llegado y, en él, la ciencia tenía objetivos concretos, entre los principales: 1) descubrir regularidades en los comportamientos

políticos para expresarlas en generalizaciones o teorías explicativas y predictivas; 2) someter a verificación las generalizaciones, es decir, confrontarlas con comportamientos similares para darle un criterio de veracidad a la explicación; 3) construir rigurosas técnicas de observación, registro e interpretación de los datos; 4) cuantificar los fenómenos para obtener mayor precisión; 5) hacer una separación radical entre valores y hechos, ya que la ciencia empírica debe concentrarse en identificar, describir y analizar lo existente para lograr el objetivo de una ciencia pura; 6) sistematizar los conocimientos a través de una relación estrecha entre teoría e investigación para evitar que la primera sea improductiva al no sostenerse en datos y la segunda insignificante al no estar guiada por la teoría (Pasquino: 1988).

Esta batalla por introducir técnicas cuantitativas que permitieran medir fenómenos políticos parecía ganada (1850–1945), sobre todo, porque en el medio académico se empezó a nombrar como precientífico a todos los estudios que antes se habían realizado sobre la política por no contar estos con unos métodos que cumplieran las condiciones establecidas por el conductismo.

Sin embargo, en el mismo instante en que las ciencias sociales parecían estar plenamente institucionalizadas en la estructura universitaria y claramente delineadas, las prácticas de los científicos sociales empezaron a cambiar, lo cual avizoraba la posibilidad de una brecha entre las prácticas y las posiciones de los científicos sociales y, por otro lado, en las organizaciones formales de las ciencias sociales (Wallerstein: 2007).

4. La crisis de los paradigmas y el cambio en las ciencias sociales

El siglo XX fue de guerras y revoluciones, en las cuales, la violencia fue un denominador común (Arendt: 2012). Las dos guerras mundiales habían mostrado que la realidad era

muy distinta a ese progreso acumulativo que el positivismo enarbolaba, que los seres humanos, y con ellos las sociedades que construyen, son conflictivas, dinámicas, impredecibles, cuestionando así el propósito positivista de poder encasillar los comportamientos en leyes universales.

Para Wallerstein (2007), después de 1945, se dan tres procesos cruciales que afectan la estructura de las ciencias sociales constituida a la largo del siglo XIX. El primero tiene que ver con el cambio de la estructura política del mundo: el fin de la Segunda Guerra Mundial, que había hecho crecer a Estados Unidos con una gran fuerza económica, había introducido dos realidades geopolíticas nuevas: la guerra fría y la reafirmación de los pueblos no europeos del mundo. Allí, como lo advierte Rafael Rubiano⁴, se da un giro del eurocentrismo hacia los países periféricos, lo cual hace que, por un lado, los paradigmas dominantes entren en crisis y, por otro, que la antropología y la ciencia política tomen fuerza. La primera debido a que es vital para entender las sociedades descentradas y culturalmente diversas, las cuales serían, en ese momento histórico preciso –y para muchos aún hoy– Asia, África y América Latina. Estos pueblos tenían estructuras sociales muy distintas a la experiencia europea: eran pequeños, no tenían archivos ni documentos escritos, poseían una religión sin alcance geográfico y eran, en relación con la tecnología europea, militarmente débiles (Wallerstein: 2007); la segunda, porque en esa reconfiguración de los estados nacionales, el problema del poder transnacional, de las soberanías transnacionales, adquiere una relevancia significativa, lo cual se va a institucionalizar mediante la diplomacia y con la creación de grupos académicos y de investigación con la pretensión de operar colonialmente en las sociedades. En este proceso de reorganización mundial –1945/1989– el problema de la ciencia política, siguiendo a Rubiano, va a ser institucional

en dos sentidos: por un lado, tiene que ampliar la construcción de la comunidad científica y por otro, preocuparse por un problema fundamental para la disciplina, que es el de la estabilidad y el cambio, pero centrado en las instituciones: Estado o gobierno (Rubiano: 2012).

La importancia de esto, continuando con Wallerstein y Rubiano, radica en que, tanto la pretensión institucional de la ciencia política como la reivindicación de los pueblos no europeos va a desagregar la noción de ciencia universalista positivista –traída del siglo XIX y reforzada en el XX– porque ya las temporalidades son diversas, con realidades muy específicas, dándose fenómenos particulares o mixtos. Hay un paso de lo universal a lo particular, lo cual es un “cuestionamiento de muchos supuestos de las ciencias sociales, en razón de que reflejaban las tendencias políticas de una era que ya había terminado, o que por lo menos estaba por terminar” (Wallerstein: 2007; 38).

La crisis de los paradigmas⁵ dominantes no era solo producto de su pretensión de explicación totalizadora y única de los procesos histórico-sociales, sino que también se debía a su insuficiencia pues sus promesas no habían sido cumplidas: aunque la ciencia se había sofisticado en sus elaboraciones matemáticas –sobre todo a partir de la estadística– no era capaz de abordar la realidad socioeconómica, la cual se hacía cada día más compleja; por otro lado, los avances que habían permitido la estadística y su sistematización con los computadores ya estaban muy suavizados, lo cual no les permi-

4 Entrevista realizada en julio del 2012.

5 Luego de la Primera Guerra Mundial el positivismo ya había empezado a recibir críticas, para este caso concreto, de parte de la Escuela de Francfort, la cual elaboró una teoría crítica en oposición al positivismo y su consecuencia: la dialéctica negativa, que se hacía manifiesta en el énfasis del egoísmo y el individualismo y, en un entendimiento acrítico de la idea de progreso que venía desde la Ilustración. Véase: Jay, Martin. *La imaginación dialéctica*. Taurus, 1984.

tía hacer aportes nuevos. Las ciencias sociales mostraron que sus premisas eran muy simplistas y que lo cultural (para el caso específico de la antropología) no podía ser abordado holísticamente (Bell: 1984).

En esta coyuntura específica se empiezan a revalorar corrientes teóricas que habían quedado relegadas por la supremacía de los paradigmas dominantes y aparecen los estudios de área y los estudios culturales, los cuales ponen en tela de juicio “una dosis considerable de artificialidad en las nítidas separaciones institucionales del conocimiento de las ciencias sociales” (Wallerstein: 2007; 42). Es aquí donde la interdisciplinariedad empieza a tomar fuerza y, para los sesenta, tiene el firme propósito de romper “el cerco de los feudos de las ciencias individuales” (Gómez: 2003; 32) para poner a dialogar las diferentes ciencias con el propósito de responder a dos procesos no siempre concomitantes: 1) la complejización de la vida sociocultural de las sociedades, lo cual ha hecho que las disciplinas renueven continuamente sus paradigmas, teorías y métodos, y su forma de articularlos; 2) todo lo anterior se puede sintetizar observando que, responde a procesos inherentes de las disciplinas entroncadas epistemológicamente en un objeto, lo cual los lleva a una articulación y cooperación (Nieto: 2003), como lo sucedido en particular a la ciencia política, la cual comparte la política –que es su objeto primordial–, con otras disciplinas que de igual manera investigan y analizan el mundo de la política.

El segundo proceso que afecta la estructura decimonónica de las ciencias sociales es la expansión desenfrenada de la población y de la capacidad productiva en los veinticinco años siguientes a 1945, reflejándose en el crecimiento exponencial de todas las actividades humanas. Como lo advierte Eric Hobsbawm, el cambio más drástico en estos años fue la muerte del campesinado y el crecimiento de los obreros, lo cual trajo consigo la industrialización del resto de los países europeos y el

deterioro del mundo rural (Hobsbawm: 2009; 292). Las ciencias sociales, que se habían institucionalizado alrededor de sociedades muy distintas, se vieron obligadas a replantearse aspectos cruciales para poder aprehender los cambios de la realidad social.

El tercero proceso, consecuencia del anterior, fue la expansión del sistema universitario a nivel mundial, trayendo consigo el crecimiento del número de científicos sociales, lo cual originó una presión social por el aumento de la especialización para poder definir su utilidad social y originalidad, sustentada en los recursos que proporcionaba la expansión económica. Sin embargo, esto tuvo respuesta inmediata, ya que se estimularon intromisiones recíprocas de los científicos sociales en los diferentes campos disciplinarios “ignorando en este proceso las varias legitimaciones que cada una de las ciencias sociales había erigido para justificar sus especificidades como reinos reservados” (Wallerstein: 2007; 38).

Este proceso expansionista de la universidad⁶ no tuvo problemas mientras seguía la bonanza económica (1945–1970) puesto que permitía conseguir fondos, pero una vez decayó, las universidades se vieron en el problema de no poseer recursos financieros (estatales) para sostener un estudiantado en aumento constante. Las consecuencias han sido desfavorables, no solo en lo que Wallerstein denomina la secundarización de la educación universitaria –exigencia del gobierno y autoridades administrativas para que los profesores dicten más horas de clase con cursos numerosos–, sino que, para un momento en que se estaba dando el derrumbe de los límites disciplinares a ultranza, era necesario contar con inversiones importantes como departamentos o institutos (Wallerstein: 2005).

6 La referencia es al ámbito europeo y norteamericano, no al colombiano.

Estas tres realidades le plantearon problemas a las ciencias sociales tal como habían sido institucionalizadas históricamente. Las líneas divisorias de las ciencias sociales del siglo XIX eran: el estudio del mundo moderno, dividido en el pasado (historia) y el presente (ciencia política, sociología y economía, estudiando el Estado, la sociedad civil y el mercado, respectivamente) y, el estudio del mundo no moderno (antropología y estudios orientales), líneas que vinieron a ser cuestionadas luego del 1945. De igual manera, las consecuencias de los cambios sociales llevaron a poner en tela de juicio la utilidad y realidad de la distinción entre lo ideográfico y lo nomotético, la distinción entre las ciencias sociales y, revelaron el carácter parroquial que se había heredado de dicha institucionalización decimonónica (Wallerstein: 2007). La importancia de esto radica en que el final del siglo XX y la entrada al XXI era de incertidumbre sobre la legitimidad epistemológica de las líneas divisorias decimonónicas de las ciencias sociales, las cuales no fueron cuestionadas por más de dos siglos.

Sin embargo, el trabajo de cuestionar la forma de hacer ciencia durante dos siglos no es fácil, sobre todo porque muchas veces, sin darnos cuenta, los paradigmas decimonónicos siguen anclados en nuestro pensamiento, por lo cual, la invitación de Wallerstein es que “además de repensar –algo que es “normal”– las ciencias sociales del siglo XIX, creo que necesitamos “impensarlas” debido a que muchas de sus suposiciones –engañosas y constrictivas, desde mi punto de vista– están demasiado arraigadas en nuestra mentalidad” (Wallerstein: 2004; 3).

5. Influencias para la ciencia política en la Universidad de Antioquia

La entrada, de la ciencia política como disciplina autónoma, a Colombia –primero a la universidad privada, luego a la pública– responde

en cierta medida, a los cambios mencionados anteriormente, es decir, su proceso –aún vigente– de institucionalización responde a tres circunstancias: “a una transformación de orden histórico, a una crisis paradigmática y a una realidad que exige un cambio en la percepción de la investigación y la constitución de la ciencia” (Rubiano: 2012)⁷. La incidencia de este proceso histórico va a tener matices en las universidades que ofrecen estudios en la disciplina, ya sea como pregrado, especialización o maestría.

Por lo que respecta a la disciplina dentro de la Universidad de Antioquia, no obvia los procesos que llevaron a una crítica de la construcción de las ciencias durante el siglo XIX y XX. Por esto, se podría decir que la intención al hacer un esfuerzo por institucionalizar la ciencia política dentro de la Universidad de Antioquia siempre ha estado apartándose del cientificismo, entendido, en los términos de Wallerstein, como la construcción de una ciencia “desinteresada y extrasocial, que sus enunciados de verdad se sostienen por sí mismo sin apoyarse en afirmaciones filosóficas más generales y que la ciencia representa la única forma legítima de saber” (Wallerstein: 2005; 19). La construcción de la ciencia política en la Universidad de Antioquia ha tenido como propósito, tanto en la maestría del Instituto de Estudios Políticos como en el pregrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, un esfuerzo interdisciplinario que permita responder mejor al proceso de institucionalización de la disciplina y que, por otro lado, cree un nudo más fuerte entre el nexo universidad –sociedad y docencia– investigación.

La disciplina dentro de la Universidad de Antioquia reconoce que, en parte, la victoria de la ciencia positivista fue excesiva y, por esto, la propuesta a la hora de la creación del Instituto, la maestría o el pregrado, no ha sido

7 Entrevista realizada en julio del 2012.

enmarcarse en un paradigma específico de las ciencias sociales, ni en una metodología única, sino que, al entender que las disciplinas están abiertas a cambios, discusiones, debates, crisis, etc., se necesita, más que nunca, una conjunción de metodologías y paradigmas que permitan construir una ciencia que responda mejor a las problemáticas de la realidad del país, que dista mucho de ser la misma de la Europa decimonónica en la que se institucionalizaron las ciencias sociales. En este punto se hace necesario hacer una claridad, y es que en Colombia –y en toda América Latina–, el paradigma positivista ha llegado de manera muy tenue, es decir, no ha tenido la fuerza, el desarrollo y el impacto que tuvo y sigue teniendo en Europa y Estados Unidos, lo cual constituye una disyuntiva a la hora de criticar el positivismo, puesto que este alejamiento o crítica se ha dado sin vivirlo realmente, sin conocerlo, sin agotarlo e incluso sin comprenderlo. Esta problemática refleja la distancia que hay entre el tiempo y la producción científica en Colombia, lo cual lo advirtió Alfonso Reyes en 1936 en su conferencia “Notas sobre la Inteligencia Americana”, al decir:

“Nuestro drama tiene un escenario, un coro y un personaje. Por escenario no quiero ahora entender un espacio, sino más bien un tiempo, un tiempo en el sentido casi musical de la palabra: un compás, un ritmo. Llegada tarde al banquete de la civilización europea, América vive saltando etapas, apresurando el paso y corriendo de una forma en otra, sin haber dado el tiempo a que madure del todo la forma precedente. A veces el salto es osado y la nueva forma tiene el aire de un alimento retirado del fuego antes de alcanzar su plena cocción. La tradición ha pesado menos, y esto explica la audacia” (Reyes: 2012).

Esta problemática va a tener implicaciones sobre la manera en la que se ha desarrollado la

disciplina en la Universidad, en la falta de debates epistemológicos alrededor de la ciencia política y en la no configuración de escuelas que permitan enriquecer el desarrollo de la disciplina. Todo este proceso –conflictivo, contradictorio, pero también satisfactorio– será abordado en la segunda parte de este artículo.

Bibliografía

- Arendt, Hannah (2012). *Sobre la violencia*. Alianza Editorial.
- Badía Caminal, Miguel (1996). *Introducción: la política como ciencia*. En: Badía Caminal, Miguel. Manual de ciencia política. España: Tecnos.
- Bell, Daniel (1984). *Las ciencias sociales desde la Segunda Guerra Mundial*. España: Alianza Editorial.
- Girola, Lidia (1992). *Desafíos teóricos después de la crisis*. En: Revista de sociología Universidad Autónoma Metropolitana, vol. 7, N° 20, septiembre-diciembre.
- Gómez, Juan Guillermo (2003). *Presentación*. En: La interdisciplinariedad en las ciencias sociales, Colciencias, Medellín.
- _____ (2003). *La interdisciplinariedad en las ciencias sociales: una aproximación al tema*. En: La interdisciplinariedad en las ciencias sociales, Colciencias, Medellín.
- Hobsbawm, Eric (2009). *Historia del siglo XX: 1914-1991*. Barcelona: Crítica.
- Nieto, Jaime Rafael (2003). *La interdisciplinariedad de las ciencias sociales y los desafíos para la universidad*. En: Gómez, Juan Guillermo (Editor). La interdisciplinariedad en las ciencias sociales, Colciencias, Medellín.
- Pasquino, Gianfranco (1988). *Capítulo 1: Naturaleza y evolución de la disciplina*. En: Pasquino, Gianfranco. Manual de ciencia política. España: Alianza Editorial.
- Wallerstein, Immanuel (2004). *Impensar las ciencias sociales*. Siglo XXI Editores.
- _____ (2007). *Abrir las ciencias sociales*. Siglo XXI Editores.
- _____ (2005). *Las incertidumbres del saber*. Barcelona: Gedisa Editorial.



El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿derecho humano o concesión graciosa de los “tolerantes”?

*Namiko Matsumoto Benítez**
*Luis Eduardo Coronel Gamboa***

Resumen:

El matrimonio entre personas del mismo sexo es un tema que está siendo debatido en la actualidad en varios países de América Latina. La reivindicación de los derechos humanos de la población LGBTI, se ha visto frenada por la marcada influencia de grupos conservadores,

* Abogada, Doctora en Derecho, Investigadora de la Universidad Veracruzana, Veracruz, México; Coordinadora del Programa de Derechos Humanos de la misma universidad; Coordinadora de la Red de Escuelas y Facultades de Derecho a favor de una Cultura de los DDHH y el DIH y; Secretaria Ejecutiva de la Comisión Estatal para la Atención y Protección de los Periodistas.

** Asistente Legal en el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana y Asesor en la Comisión Estatal para la Atención y Protección de los Periodistas.

tanto detentadores del poder político como de los poderes fácticos. Más allá de lo controversial que pueda resultar el tema y de las distintas posiciones de los diversos actores involucrados en el mismo; la Iglesia Católica, las Organizaciones de la Sociedad Civil, los propios legisladores y los ciudadanos en general, en este artículo se pretende, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, establecer si dicho *corpus juris* consagra el derecho a contraer matrimonio para las parejas del mismo sexo. Analizar la decisión de algunos países de crear figuras análogas al matrimonio para las parejas del mismo sexo o de someter a votación la inclusión de esas parejas en dicha institución, y su (in)compatibilidad con los derechos humanos y el Estado Constitucional de Derecho.

Palabras clave: Discriminación. Parejas del mismo sexo. Matrimonio. Igualdad. Estado Constitucional de Derecho. Derechos Humanos. Democracia.

1. ¿El derecho a contraer matrimonio es exclusivo de las parejas heterosexuales?

En la mayoría de nuestros sistemas jurídicos el matrimonio está consagrado como la unión de un hombre y una mujer, de la que derivan una serie de derechos y obligaciones como efecto de ese régimen legal de convivencia. Considerando las consecuencias jurídicas que dicho estado civil genera y que se traducen en un marco de protección para los convivientes, es menester analizar, si el Estado podría privar de tal derecho a las personas en razón de su preferencia u orientación sexual. Ciertamente, nada impide que se establezcan modalidades legítimas para el ejercicio de determinados derechos; sin embargo, nos parece, que no es este el criterio que debe primar tratándose del matrimonio, particularmente, porque la orientación sexual no puede convertirse en un obstáculo para garantizar tal derecho y excluir -que no fijar un estándar menor de protección- a determinadas personas de su goce y ejercicio, por criterios que además, constituyen una discriminación que está absolutamente prohibida.

Bajo las anteriores consideraciones, es pertinente traer a colación el marco normativo internacional y, a partir de este, analizar si efectivamente las parejas homosexuales, son titulares del derecho a contraer matrimonio.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra:

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece:

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, prescribe:

Artículo VI

Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la parte que interesa, dispone:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

De la normativa citada se advierte fácilmente que cuando hacen referencia a la figura jurídica del matrimonio, lo hacen con relación a los hombres y mujeres, por lo que, en principio, pareciera que aquel está reservado para celebrarse solo entre personas de sexos opuestos. No obstante lo anterior, los métodos de interpretación tradicionales, tratándose de derechos humanos, pueden generar efectos restrictivos, pues aquellos requieren de pautas hermenéuticas diversas, como atinadamente lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos humanos. (Corte IDH, 21 de mayo de 2013, párr. 46).

En efecto, dicho tribunal ha sostenido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. (Corte IDH, OC-16/99, 01 de octubre de 1999, párr. 114; Sentencia, 15 de septiembre de 2005, párr. 106; 25 de abril de 1978, párr. 31).

En el anterior sentido, es indiscutible que para determinar si el derecho a contraer matrimonio se proclama respecto de personas del mismo sexo, se hace necesario interpretar los instrumentos que lo consagran, de forma coherente con otros derechos y principios contenidos en el mismo tratado, ya que hacerlo de forma aislada, nos conduciría a una interpretación literal que podría resultar en la exclusión del goce efectivo de tal derecho; además, la norma sustantiva que consagra el derecho al matrimonio, debe interpretarse bajo el principio de igualdad y no de discriminación la cual permea todo el sistema tutelar de derechos humanos.

Así las cosas, es pertinente mencionar que ninguno de los instrumentos señalados, establece de forma taxativa que el matrimonio deba celebrarse necesariamente entre un hombre y una mujer, más bien, enuncian que los hombres y las mujeres tienen derecho, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, a contraer matrimonio y fundar una familia. Si bien, tradicionalmente el matrimonio se ha concebido como la unión de un hombre y una mujer, lo cierto es que tanto este como el derecho a fundar una familia, no constituyen privilegios o concesiones graciosas, son derechos de los que no pueden exceptuarse a las personas en función exclusivamente de su orientación sexual. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana al señalar que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria

basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (Corte IDH, 24 de febrero de 2012, párr. 91).

Las consecuencias jurídicas de tal exclusión no son menores, se traducen en un déficit de protección para las parejas homosexuales que se ven impedidas de acceder a la figura jurídica —el matrimonio— que les permitiría ejercer a plenitud los derechos, obligaciones y ser titular de las protecciones especiales de que gozan las parejas heterosexuales¹.

En definitiva, a partir del marco normativo citado y considerando la prohibición de limitar o restringir los derechos de las personas a partir de su orientación sexual, sumado a la obligación de interpretar las disposiciones jurídicas bajo el principio *pro persona* (Corte IDH, 13 de noviembre de 1985, párr. 52), es evidente que negar el derecho a contraer ma-

1 La mayoría de las legislaciones contemplan un régimen de protección amplio solo para las parejas heterosexuales unidas en matrimonio. A manera de ejemplo: Paraguay (Art. 49 constitucional. La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes). Colombia (Art. 42 constitucional. 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. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. [...]). Brasil (Art. 226 constitucional. Art. 226. La familia base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado. [...]) 3° A efectos de la protección por el Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio.)

rimonio a las parejas homosexuales en razón de su orientación sexual resulta violatorio de sus derechos humanos.

1.1 *Iguales en la diferencia*

El derecho internacional define la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferenciado que se base, directa o indirectamente, en un fundamento prohibido de discriminación y que tenga la intención de causar o anular o afectar el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos garantizados por el derecho internacional. (CDH, 10 de noviembre de 1989, párr. 7).

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse, tanto en casos contenciosos como en su función consultiva, en el sentido de que la igualdad y no discriminación se desprenden de la idea de unidad de la dignidad y naturaleza de la persona. (Corte IDH, 19 de enero de 1984, párr. 56) En este sentido, ha sostenido que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. (Corte IDH, 19 de enero de 1984, párr. 55).

También ha señalado que la prohibición general de discriminación consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, abarca

la identidad de género y la orientación sexual. (Corte IDH, 24 de febrero de 2012, párr. 91). Sumado a lo anterior, la Asamblea General de la OEA en su resolución 2807, sostuvo que la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que a cada persona le es dado ejercer todos los derechos y libertades existentes en ese instrumento sin distinción de cualquier naturaleza tales como de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; y condenó todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instó a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a que eliminen, allí donde existan, las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersexuales (LGTBI) en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada. (OEA, 4 al 6 de junio de 2013).

De otra parte, en el ámbito universal, la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, adoptada el 22 de diciembre de 2008 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reafirma que el principio de no discriminación, exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género. (ONU, 22 de diciembre de 2008, párr. 3).

En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos, tanto en casos individuales como en observaciones finales a los Estados, ha concluido que las diferencias de trato sobre la base de la orientación sexual, constituyen una violación del derecho a estar libre de discriminación. (CDH, 17 de abril de 2007, párr. 16).

Como quedó establecido, tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos como sus órganos de vigilancia, interpretación y aplicación, son coincidentes al señalar que la identidad y orientación sexual, no pueden servir de fundamento para negar el goce y ejercicio de los derechos en ellos enunciados.

Por lo tanto, en un ejercicio deductivo a partir de la normativa analizada anteriormente, se desprende que los conceptos jurídicos tradicionales deben evolucionar para incluir y tutelar a quienes pertenecen a esa categoría.

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.

1.2 Evolución del concepto de familia y su impacto en las parejas homosexuales.

Si bien en el imaginario colectivo, la familia se visualiza a partir de la unión entre un hombre y una mujer, tanto en el ámbito universal como en el regional, los órganos encargados de vigilar y aplicar los tratados de derechos humanos, se han ocupado de interpretar el alcance normativo de la noción de familia. En efecto, por cuanto al primero, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que:

El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, este debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. [...] Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros. (CDH, 1990, párr. 2).

En sintonía con el párrafo precedente, también ha establecido que:

Al dar efecto al reconocimiento de la familia en el contexto del artículo 23, es importante aceptar el concepto de las diversas formas de familia, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos y de las familias monoparentales y sus hijos [...]. (CDH, 2000, párr. 27).

Por su parte, la Corte Interamericana en su desarrollo jurisprudencial ha señalado:

El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual solo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que *la imposición de un concepto único de familia* debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención. (Corte IDH, 24 de febrero de 2012, párr. 175).

La Corte Europea ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto y ha sostenido que al aplicar un criterio amplio de familia, “la noción de vida familiar” abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación” (TEDH, 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 94), pues consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no

puede disfrutar de la vida familiar” en los términos del artículo 8 del Convenio Europeo. (TEDH, 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 94).

Bajo las anteriores consideraciones, es evidente que un concepto restringido de familia, limitado a las formadas por parejas heterosexuales, no encuentra fundamento en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se trata entonces de un concepto abierto y plural que permite a modelos no tradicionales de familia, acceder a la protección en ellos prevista. En efecto, si la familia es considerada como un elemento fundamental de la sociedad que debe ser protegida, tanto por esta como por el Estado, y si como institución fundamental está ligada estrechamente con el derecho de las personas a fundarla mediante el acto jurídico del matrimonio como medio para alcanzar tal protección, es inconcuso que las parejas homosexuales tienen derecho a conformarla mediante esta figura jurídica.

1.3 ¿Es compatible con los derechos humanos la creación de una figura análoga para regular la unión homosexual?

Existen miembros de la comunidad internacional, que han reconocido la necesidad de tutelar la vida familiar de las parejas homosexuales, pero para hacerlo, han decidido concebir nuevas figuras jurídicas para no “desfigurar”, desde su particular perspectiva, la institución del matrimonio.

Sobre la especie, nosotros consideramos inconveniente un planteamiento de esa naturaleza, ya que está construido sobre la base de prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. Precisamente, la razón por la que las parejas del mismo sexo

no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales, es el rechazo por parte de la sociedad, que no los considera "dignos" de acceder a la figura del matrimonio. Avalar la creación de una figura especial para regular las uniones de las parejas gay, representaría, implícitamente, perpetuar esa idea a todas luces discriminatoria, legado de severos prejuicios.

En este sentido, algunos de los defensores de la propuesta de crear una nueva figura que le brinde a las parejas homosexuales los mismos beneficios que la institución del matrimonio concede a las parejas heterosexuales, refieren que la diferencia se basa en que, tradicionalmente, el matrimonio tiene como uno de sus objetivos fundamentales la procreación para, de esta forma, perpetuar la especie.

Nosotros sostenemos que la finalidad básica del matrimonio es la de otorgar una tutela reforzada a la familia por medio de un contrato civil, que a su vez, da derecho a otros derechos no solo expresivos sino también materiales, por ejemplo beneficios fiscales; beneficios de solidaridad; beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; beneficios de propiedad; beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas, y; beneficios migratorios para cónyuges extranjeros.

La secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo. (SCJN, 28 de enero de 2010, párr. 242).

La desvinculación entre matrimonio y procreación queda de manifiesto en "una gran va-

riedad de situaciones: la existencia de parejas heterosexuales que deciden tener una familia sin acudir a la institución matrimonial; matrimonios heterosexuales que no desean tener hijos; matrimonios heterosexuales que por razones biológicas no pueden tener hijos y recurren a los avances médicos para lograrlo; matrimonios heterosexuales que sin tener un impedimento biológico para procrear optan por la adopción; matrimonios heterosexuales que se celebran entre personas que ya no están en edad fértil o entre personas que ya tenían descendencia y no desean tener una en común, etc." (SCJN, 28 de enero de 2010, párr. 250).

Por lo tanto, queda demostrado que el sostén del matrimonio no es la intención o posibilidad de procrear, sino los "lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común" (SCJN, 5 de diciembre de 2012, pág. 42).

Como sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Schalk y Kopt v. Austria* (24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 47), las parejas homosexuales se encuentran en una situación similar a las parejas heterosexuales en cuanto su capacidad para desarrollar una vida familiar, en la medida en que también mantienen relaciones comprometidas y estables. En este sentido, la distinción es claramente discriminatoria porque las relaciones que entablan las parejas homosexuales pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial, y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales.

En este orden de ideas, optar por crear una figura jurídica alternativa, a pesar de la equivalencia de condiciones entre las parejas hetero y homosexuales, solo puede tener como finalidad enviar un mensaje de rechazo a ese gru-

po, clasificarlos como ciudadanos de segunda clase.

En el caso reciente de *Perry v. Brown*, una Corte de Apelación de California, Estados Unidos, abordó la cuestión sobre si el régimen de “*domestic partnership*”, que reconoce a las parejas del mismo sexo todos los derechos y obligaciones que tienen las parejas heterosexuales casadas, a excepción del término “matrimonio” para su institución, es discriminatorio. La Corte sostuvo que efectivamente constituía una clasificación contraria a la igualdad ante la ley, ya que la negativa de permitirles el uso de la palabra “matrimonio”-y el estatus social que le acompaña- se sustenta en la desaprobación de los gays y las lesbianas como clase. Es decir, esa prohibición enuncia nada menos que un juicio sobre su valor y dignidad. (Corte de Apelación del Distrito de California, 7 de febrero de 2012, págs. 72 y 73).

En este tenor, la existencia de un régimen jurídico diferenciado al cual puedan optar las parejas homosexuales *en lugar de casarse*, recuerda las medidas legitimadas por la conocida doctrina de “separados pero iguales”, surgida en Estados Unidos en el contexto de la discriminación racial de finales del siglo XIX. Cuando la Corte Suprema norteamericana abolió dicha doctrina, en el caso *Brown v. Board of Education*, afirmó que la segregación de los niños en las escuelas públicas, basado únicamente en la raza, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, aun cuando las instalaciones y otros factores tangibles fueran exactamente iguales en las escuelas de niños negros, ya que la segregación racial generaba un sentimiento de inferioridad en los niños afroamericanos. (Suprema Corte EUA, 17 de mayo de 1954).

Haciendo una analogía, la instauración de una figura que otorgue los mismos derechos con la sola diferencia de la denominación que se le da a ambos tipos de instituciones, resulta discriminatorio, ya que constituye un régimen

de “separados pero iguales”, solo que en este caso, en lugar de sustentarse en la “supremacía blanca”, se sostiene en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales, ofendiendo así, su dignidad como personas. (SCJN, 5 de diciembre de 2012, pág. 49).

En este orden de ideas “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*”. Por el contrario, deben “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”. Reconocer el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, es un gran paso para promover una sociedad más incluyente y plural.

1.4 ¿Es legítimo condicionar el reconocimiento de este derecho a la voluntad de la mayoría?

En algunos Estados, la inclusión de las parejas homosexuales en la institución matrimonial se ha sujetado a consultas populares, o a acalorados debates en las legislaturas. Pero ¿realmente se puede elegir democráticamente (en el sentido formal del término) reconocer o no un derecho?

A partir de la segunda mitad del siglo XX, después de las experiencias totalitarias que consiguieron, a través de las leyes, anular los derechos de grupos como los judíos, los afrodescendientes y la oposición política, dentro de la teoría jurídica se dio un cambio de paradigma, superando el modelo paleo positivista de derecho, para dar paso al Estado Constitucional de Derecho, en el que se limita la esfera decisional de los órganos políticos, como el Poder Legislativo.

En el pasado, las teorías políticas de cuño romántico legitimaban el imperio de la mayoría, transformada y unificada en la "voluntad general": "cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo". (Rousseau, 1982, pág. 55). El organicismo romántico pretendía totalizar y disolver: el individuo se funde en el "espíritu del pueblo", en el *Volkgeist* o en la *Volkseele*, y realmente se disuelve en el fluir impersonal de la historia. La fusión orgánica que lleva a representar al pueblo como una totalidad indivisible, que manifiesta su voluntad a través de la legislación, legitimó a los totalitarismos del siglo XX. (Sartori, 2007, pp. 29 y 30).

En efecto, el rumbo del conjunto era decidido atendiendo únicamente a criterios formales de mayoría, sin la existencia de vínculos y límites sustanciales a las decisiones tomadas, ya que "la voluntad general es siempre recta y tiende constantemente a la utilidad pública". (Rousseau, Jean Jacques, 1982, p. 72). El poder legislativo, concebido como el canalizador de la voluntad general, gozaba de omnipotencia, ya que sus decisiones, *a priori*, independientemente de su contenido, se presumían tendientes a lograr el bien común, como herramientas para el desarrollo del colectivo. El problema consiste en que la realización del colectivo como concepto abstracto, es maleable y conjuga las más diversas ideologías, partiendo de la respuesta siempre subjetiva de qué es lo mejor para el conjunto. "En nombre de la totalidad y cubierto bajo la fórmula de todos como uno solo, todo el mundo puede ser aplastado y oprimido, de uno en uno". (Sartori, 2007, p. 30).

El devenir histórico nos ha mostrado que ante la dificultad y la falta de legitimidad para que cierto grupo político dominante defina qué es lo mejor para el colectivo, y tomando en cuenta la existencia de sociedades plurales

y multiculturales, resulta necesario establecer un piso mínimo de condiciones para que cada grupo, con sus idiosincrasias e intereses específicos, pueda desarrollarse. Como señala García Figueroa:

"No todos pensamos igual. Nuestras creencias, actitudes y deseos difieren y ello es causa de conflicto. Frente a ciertas sociedades del pasado relativamente uniformes, basadas en un orden con valores ampliamente compartidos, hoy se erigen ante nosotros sociedades plurales, generalmente más complejas, cuyos miembros poseen concepciones del mundo muy distintas entre sí. [...] En sociedades uniformes, el respeto a la diferencia se había articulado históricamente a través de un mecanismo excepcional: la tolerancia. Por el contrario, en sociedades plurales y más desarrolladas, el respeto a la diferencia se convierte en un mecanismo habitual que se incorpora al Derecho a través de la democracia y los derechos fundamentales". (García, 2009, p. 31).

En este orden de ideas, podemos cuantificar el éxito del papel garantista del Estado, atendiendo a las posibilidades que brinda a los individuos de desenvolverse, alejándonos de términos ambiguos difícilmente cualificables como el "bien común" o la "salud pública".

Entonces, el piso mínimo de condiciones que el Estado debe garantizar, está constituido por los derechos fundamentales, que posibilitan el libre desenvolvimiento de las personas y, al ser reconocidos como tales, establecen límites sustanciales a las decisiones políticas, haciéndolos indisponibles para el legislador. Representa, en palabras de Ferrajoli, la esfera de lo indecible.

Tradicionalmente, la democracia ha sido entendida únicamente en su dimensión formal, es decir, en lo relativo a los procedimientos sobre quién y cómo se debe decidir. En el

paradigma de la democracia constitucional, los derechos humanos se erigen como un dique a las decisiones políticas; ahora, no solo se debe observar el procedimiento formal para la toma de decisiones, sino que también se establece sobre qué no puede decidirse (libertades públicas) y sobre qué no se puede no decidir (derechos sociales). (Ferrajoli, 2009).

En un primer momento, podría pensarse que establecer límites y vínculos a las decisiones de la mayoría representa acotar o contener la democracia. Por el contrario, estas limitantes impuestas por los derechos fundamentales son democráticos, ya que “consisten en derechos de todos, y hacen referencia por tanto al pueblo –como conjunto de personas de carne y hueso que lo componen– en un sentido más directo y consistente de cuanto lo hace la propia representación política. Son contrapoderes, fragmentos de soberanía popular en manos de todos y cada uno, en ausencia de los cuales la democracia misma, como las trágicas experiencias del siglo XX han mostrado, puede ser arrollada por mayorías contingentes”. (Ferrajoli, (2 ed.), 2009, p. 100).

En el caso al que refiere este artículo, consideramos que el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, es indisponible para la legislatura o para una mayoría que manifieste su opinión a través de formas de democracia directa como el referéndum o el plebiscito, ya que forma parte de la esfera de lo indecible.

En efecto, el condicionamiento a la aceptación popular del derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio atenta contra la base misma de los derechos humanos: la posibilidad del hombre de auto determinarse. Pues si bien es cierto que el Estado no está negando la posibilidad de que los individuos elijan su orientación sexual, también es verdad que para el completo desarrollo de la

individualidad, nuestras elecciones existenciales fundamentales exigen manifestarse a través de la acción.

En este caso, el derecho estaría siendo utilizado para establecer un obstáculo para el libre desenvolvimiento de la personalidad, ya que la orientación sexual parte de una decisión de la naturaleza más íntima, pero que no se basta en sí misma para trascender, la decisión reclama, para el completo desarrollo de la persona, ir más allá de esa decisión abstracta, para materializarse en actos que se desenvuelven en la realidad social.

El derecho tiene la función no solo de permitir esa realización, sino la obligación de garantizarla, pues en este caso, convergen los dos derechos sobre los que se funda el Estado: la libertad y la igualdad.

La libertad, pues el ser humano siempre debe conservar la posibilidad de definirse a través de la acción, es decir, lo que define al ser humano es su posibilidad de elegir, debiendo tener tal posibilidad sin imposiciones estatales basadas en criterios axiológicos derivados de cierta concepción moral y religiosa.

Y la igualdad, porque el Estado, al contar con una institución de garantía del derecho a la familia, no puede excluir a un grupo determinado de personas, por el hecho de haber elegido una forma distinta de constituirla. Dicha exclusión, es incompatible con el Estado laico, aun cuando la mayoría popular profese una determinada religión o acepte ciertos principios morales.

El derecho no debe ser utilizado para proteger un sistema moral ideal, es decir, como instrumento de reforzamiento de la (esto es, de una determinada) moral, sino únicamente como técnica de tutela de intereses y necesidades vitales. (Ferrajoli, 2009).

Por otra parte, si bien es cierto que la normativa internacional reconoce a los Estados márgenes de apreciación para regular el ejercicio de determinados derechos, es decir, establece ciertos parámetros convencionales para que los Estados regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos, (Corte IDH, 6 de agosto de 2008, párr. 166) dicha discrecionalidad tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. (Corte IDH, 02 de febrero de 2001, párr. 126.) En este caso, queda fuera de duda la inexistencia de un margen de discrecionalidad de los Estados para condicionar el acceso a cierto grupo de personas a los beneficios expresivos y materiales que otorga el matrimonio, máxime, cuando la Corte Interamericana ha establecido que:

“El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”. (Corte IDH, 24 de agosto de 2010, párr. 269).

Por tanto, ni los representantes populares, ni una mayoría (por más aplastante que sea), tienen la posibilidad de decidir si respetan o no una norma imperativa de derecho internacional que no admite acuerdos en contrario, como es el principio de la protección iguali-

taria y efectiva de la ley y de la no discriminación. En consecuencia, resulta violatorio de derechos humanos el sujetar el reconocimiento del derecho de un determinado grupo de personas, al aval de una mayoría. Como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman vs. Uruguay, el hecho de que una ley haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía no concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad, ni exenta al Estado de una posible responsabilidad internacional. (Corte IDH, 24 de febrero de 2011, párr. 238).

Conclusión

Tomándonos los derechos en serio, particularmente el efecto irradiante del principio de no discriminación sobre la normativa de los Estados, no existe ninguna justificación racional para seguir excluyendo a las parejas del mismo sexo del acceso a la institución del matrimonio. Es cierto que los prejuicios están enraizados en las sociedades, pero eso no justifica al Estado de tolerar o, peor aún, de utilizar como excusa el *statu quo* para mantener patrones de discriminación. Nos parece que, para ser coherentes con el respeto de la dignidad humana y actuar verdaderamente con base en los principios del pluralismo democrático, debe reconocerse este derecho como una manera de reivindicar a un grupo históricamente marginado.

Referencias jurisprudenciales

- CDH. Caso “X” Vs. Colombia, Comunicación 1361/2005, 30 de marzo de 2007, párr. 9 y; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de Chile. CCPR/C/CHL/CO/5. 17 de abril de 2007, párr. 16, Recuperado de: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/a307d812cb3bac7bc125730000357c24/\\$FILE/G0742000.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/a307d812cb3bac7bc125730000357c24/$FILE/G0742000.pdf)

- Corte de Apelación del Distrito de California, EUA. Caso 11-16577. Perry Vs. Brown. Sentencia de 7 de febrero de 2012.
- Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. 02 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106.
- Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso Atala Rizzo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C. No. 261.
- Suprema Corte EUA. Caso 347 U.S. 483 Brown Vs. Consejo de Educación. Sentencia de 17 de mayo de 1954.
- TEDH. Caso Tyrer v. Reino Unido, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978.
- TEDH. Caso Schalk y Kopf Vs. Austria, (No. 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010.
- SCJN. Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Promovida por el Procurador General de la República, de fecha 28 de enero de 2010.
- SCJN, Amparo en revisión 581/2012, de fecha 5 de diciembre de 2012. Resuelto por la SCJN, derivado de la facultad de atracción 202/2012.

Referencias bibliográficas

- Ferrajoli, L. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2009).
- Ferrajoli, L. Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta. 2009.
- García, A. (2009). Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta.
- OEA. Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. OEA/Ser. P, AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), 4 al 6 de junio de 2013, Cuadragésimo Tercer Periodo Ordinario de Sesiones, La Antigua, Guatemala.
- Rousseau, J. J. El Contrato Social 1982. Madrid: Biblioteca Edaf. Sartori, G. ¿Qué es la democracia? México: Taurus. 2007.

Otras referencias

- CDH. Observación General No. 18, Comentarios Generales Adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º Período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev./ at 168, 10 de noviembre de 1989.
- CDH. Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).
- CDH. Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).

- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de enmiendas a las disposiciones sobre naturalización de la Constitución de Costa Rica, 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal., 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- ONU. Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008.

