



PROLEGÓMENOS

Derechos y Valores

Revista de la Facultad de Derecho				
Bogotá D. C. Colombia	Volumen XX Número 40	Julio - Diciembre 2017	ISSN 0121-182X	Pg. 1-188



RECTOR
VICERRECTOR GENERAL
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO
VICERRECTORA ACADÉMICA
VICERRECTORA DE INVESTIGACIONES
VICERRECTOR CAMPUS NUEVA GRANADA
DECANA FACULTAD DE DERECHO
Sede Calle 100
DECANA FACULTAD DE DERECHO
Campus Nueva Granada

BG (r) Hugo Rodríguez Durán
MG (r) Jairo Alfonso Aponte Prieto
Capitán de Navío (r) Rafael Antonio Tovar Mondragón
Ing. Rosa Yaneth Méndez Marín
Ing. Hilda Marcela Iregui Guerrero
BG (r) Héctor Eduardo Peña Porras

Claudia Margarita Martínez Sanabria

Claudia Helena Forero Forero

PROLEGÓMENOS

Derechos y Valores

Revista de la Facultad de Derecho

DIRECTOR CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES
DIRECTORA CENTRO DE INVESTIGACIONES
CAMPUS NUEVA GRANADA
EDITOR DE LA REVISTA
COEDITOR DE LA REVISTA

Dr. Jesús Eduardo Sanabria Moyano

Dr. Robinson Sánchez Camacho
Dr. Juan Carlos Villalba Cuéllar
Dr. Andrés González Serrano

ASISTENTE EDITORIAL
ASESOR EXPERTO COMITÉ EDITORIAL

Estudiante Carlos Mario Saldaña Mora
Dr. Juan María Cuevas

Revista indexada en el Índice Bibliográfico
Nacional IBN - Pubindex Categoría B y en Scielo - Colombia

Revista indexada internacionalmente en la
Red de Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal, Redalyc

Revista indexada en las bases de datos de Ebsco y ProQuest
Fuente Académica

Revista indexada en CLASE C, Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades, UNAM y Latindex,
Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.
Indexada en DOAJ, Directory of Open Access Journal.
Indexada en el Emerging Source Citation Index de Thomson Reuters.

PARA SUS CONTRIBUCIONES Y SUSCRIPCIONES DIRIGIRSE A: Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de
Derecho - Centro de Investigaciones - Carrera 11 N° 101-80 Bloque B Piso 1, Teléfono 650 0000 Ext. 1333. Correo elec-
trónico: derechos.valores@unimilitar.edu.co. PARA REALIZAR CANJE INTERINSTITUCIONAL DIRIGIRSE A: Universidad
Militar Nueva Granada, Biblioteca - Carrera 11 N° 101-80 Bloque D Piso 1, Teléfono 634 3200 Ext. 290-380. Correo
electrónico: biblioteca@unimilitar.edu.co

COMITÉ EDITORIAL

José Germán Burgos Silva – Ph.D.
Universidad Nacional de Colombia.

Misael Tirado Acero – Ph.D.
Universidad Católica de Colombia.

José Francisco Báez Corona – Ph.D.
Universidad Veracruzana. México.

José Ramón Narváez H. – Ph.D.
Universidad Nacional Autónoma de México.

Andrés Botero Bernal – Ph.D.
Universidad Industrial de Santander. Colombia.

Mario Duran Migliardi – Ph.D.
Universidad de Atacama. Chile.

COMITÉ CIENTÍFICO

Guillem Colom – Ph.D.
Universidad de Sevilla. España.

Alfredo Ferrante – Ph.D.
Universidad Alberto Hurtado. Chile.

Germán Alfonso López Daza – Ph.D.
Universidad Surcolombiana. Colombia.

Diana Rocío Bernal Camargo – Ph.D.
Universidad del Rosario. Colombia.

José Antonio Savaris – Ph.D.
Universidade do Vale do Itajaí. Brasil.

Aude Denizot-Libreros – Ph.D.
Université de Cergy-Pontoise. Francia.

CORRECCIÓN DE TEXTOS

Viviana Zuluaga Zuluaga
vivi.zuluagaz@gmail.com

CARÁTULA

Título: Heme aquí
Autor: Alex Stevenson Dz
Técnica: oleo-lienzo
Dimensión: 90 x 130 cms
Bogotá 2017

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

Editorial Kimpres S.A.S.
PBX: 413 6884
www.kimpres.com
Bogotá, D. C., Colombia

PERIODICIDAD

Semestral
Número de ejemplares
400

DEPÓSITO LEGAL

© **Derechos Reservados**

El contenido de los artículos es de exclusiva
responsabilidad de los autores.
Los textos pueden reproducirse total
o parcialmente citando la fuente.

ISSN 0121-182X

e-ISSN 1909-7727
Bogotá, Colombia

CONTENIDO

Volumen XX No.40, Julio - Diciembre de 2017.

Editorial	9
Juan Carlos Villalba Cuéllar Andrés González Serrano	
Formas de autoría en la persecución de crímenes internacionales	11
Jaime Alberto Sandoval Mesa	
El concepto de derechos humanos frente a los derechos de las minorías étnicas	27
Samir Hendrix Guerrero Pino Lisneider Hinestroza Cuesta	
Derecho e Internet: introducción a un campo emergente para la investigación y práctica jurídicas	43
William Guillermo Jiménez Orlando Meneses Quintana	
Autoritarismo y democracia de excepción: el constitucionalismo del estado de sitio en Colombia (1957-1978)	63
Jorge Enrique Carvajal Martínez Andrés Mauricio Guzmán Rincón	
La revolución de los colores y la limitación de los derechos políticos a los colombianos durante la temprana república	77
Jacqueline Blanco Blanco	
La alimentación escolar en las instituciones educativas públicas de Colombia. Análisis normativo y de la política pública alimentaria	97
Germán Alfonso López Daza Katherin Torres P. Carlos Fernando Gómez García	
La contribución de Vintilă Horia a la filosofía de los derechos humanos	113
Carlos Ruiz Miguel	
Mais togas e menos sabres: ampliação de competência dos juízes togados na justiça militar brasileira e o princípio do juiz natural	127
Susi Castro Silva	
La mujer indígena y su derecho a la participación política en México	145
Jean Cadet Odimba On'Etambalako Wetshokonda	
Riesgos laborales psicosociales. Perspectiva organizacional, jurídica y social	159
Adriana Camacho Ramírez Daniela Rocío Mayorga	

CONTENT

Volume XX No. 40, July - December 2017.

Editorial	9
Juan Carlos Villalba Cuéllar Andrés González Serrano	
Types of authorship in the international crimes prosecution	11
Jaime Alberto Sandoval Mesa	
Concept of human rights opposite to the rights of ethnic minorities	27
Samir Hendrix Guerrero Pino Lisneider Hinestroza Cuesta	
Law and internet: introduction to an emergent field for both legal research and practice	43
William Guillermo Jiménez Orlando Meneses Quintana	
Authoritarianism and democracy of exception: the constitutionalism of the state of siege in Colombia (1957-1978)	63
Jorge Enrique Carvajal Martínez Andrés Mauricio Guzmán Rincón	
The color revolution and the limitation of the political rights to the colombian people during the early republic	77
Jacqueline Blanco Blanco	
School nutrition in the colombian public educational institutions. analysis of the regulation and the public nutrition policy	97
Germán Alfonso López Daza Katherin Torres P. Carlos Fernando Gómez García	
Vintila Horia's contribution to the human rights philosophy	113
Carlos Ruiz Miguel	
More gowns and less sabers: competences of the civilian judges in the brazilian military justice and the natural judge principle	127
Susi Castro Silva	
The indigenous women and their right for political participation in Mexico	145
Jean Cadet Odimba On'Etambalako Wetshokonda	
Psychosocial labor risks. Organizational, legal and social perspective	159
Adriana Camacho Ramírez Daniela Rocío Mayorga	

CONTEÚDO

Volume XX No 40, Julho - Dezembro 2017.

Editorial	9
Juan Carlos Villalba Cuéllar Andrés González Serrano	
Formas de autoria na perseguição de crimes internacionais	11
Jaime Alberto Sandoval Mesa	
O conceito de direitos humanos frente aos direitos das minorias étnicas	27
Samir Hendrix Guerrero Pino Lisneider Hinestroza Cuesta	
Direito e internet: introdução a um campo emergente para a pesquisa e a prática jurídicas	43
William Guillermo Jiménez Orlando Meneses Quintana	
Autoritarismo e democracia de exceção: o constitucionalismo do estado de sítio na Colômbia (1957-1978)	63
Jorge Enrique Carvajal Martínez Guzman Mauricio Andrés Rincón	
A revolução das cores e a limitação dos direitos políticos para os colombianos durante a precoce república	77
Jacqueline Blanco Blanco	
A alimentação escolar nas instituições de ensino públicas da colômbia. Análise normativa e da política pública alimentar	97
Germán Alfonso López Daza Katherin Torres P. Carlos Fernando Gómez García	
A contribuição de Vintila Horia para a filosofia dos direitos humanos	113
Carlos Ruiz Miguel	
Más togas y menos sables: ampliación de competencias de los jueces civiles en la justicia militar brasilera y el principio del juez natural	127
Susi Castro Silva	
A mulher indígena e o seu direito à participação política no México	145
Jean Cadet Odimba On'Etambalako Wetshokonda	
Riscos laborais psicossociais. Perspectiva organizacional, jurídica e social	159
Adriana Camacho Ramírez Daniela Rocío Mayorga	

Editorial

PUBLIQUE O PEREZCA ¿O PEREZCA PUBLICANDO?

Juan Carlos Villalba Cuéllar (Editor)
Andrés González Serrano (Coeditor)

Publique o perezca es el sugestivo nombre de un programa que se utiliza para medir la visibilidad de las publicaciones de autores y publicaciones con respecto al número de citaciones, conocido hoy como índice H. Para Colciencias este es un factor importante para establecer la calidad e impacto de las publicaciones científicas y de los investigadores. Pero esa frase de “publique o perezca” que parece sentenciar algo, también entraña muchas ambigüedades en el contexto colombiano de la investigación.

Publique o perezca nos querría decir que en la actualidad el docente universitario que no investigue está condenado a no existir, y esto en el fondo guarda una finalidad plausible pero no del todo cierta. En primer lugar no todos los profesores universitarios son investigadores, es más, la mayoría no lo son, para ser investigador se necesitan competencias y aptitudes especiales que no todo educador posee, así como un contexto laboral que le permita verdaderamente hacer investigación, y esto no se cumple en un alto porcentaje de los casos.

Es raro encontrar profesores investigadores que se dediquen a hacer investigación con convicción y universidades que realmente sean conscientes de cómo se logra esto. Así que de entrada sí es muy difícil que alguien publique, es muy escaso el número de gente que perecerá en las universidades colombianas si no lo hace. Por lo tanto, la sentencia de muerte es para muy pocos.

Ahora bien, si nos centramos en el ámbito de los investigadores y su labor veremos cómo es más fácil que estos sucumban con respecto a que publiquen. Nos fundamentamos en que en próximos meses muchas de las publicaciones

científicas colombianas indexadas en Publindex van a desaparecer como consecuencia de los nuevos criterios de medición. Aquí les aplicarán el “publiquen y perezcan”. Los nuevos criterios se enfocan no ya en la calidad editorial sino en la visibilidad e impacto de las publicaciones.

Las universidades por su parte sufren un inmediatismo basado en los resultados, indispensables para llenar los formularios que se exigen para las acreditaciones de alta calidad y los registros calificados. Se necesitan resultados de investigación a toda costa, no importa la calidad, no importa que no formen parte de un proceso, el todo es acumular resultados, volver científico lo que no lo es, para mostrarle a los pares del Ministerio de Educación. Es así como se publican libros que reposan en librerías institucionales de universidades que ni siquiera tienen difusión, y a nadie le interesa difundir, igual no eran para eso, eran para mostrar en una visita. Los otros resultados de investigación como artículos en revistas y ponencias al ser hechos a la carrera también corren destinos similares, no fueron escritos para ser leídos o citados, porque algo que se hace a la carrera difícilmente pasará a la historia o ameritará ser citado. Dentro de esa dinámica los investigadores son instrumentalizados por las instituciones a costa de su propio prestigio. Colciencias puede tener razón en esto, muchas publicaciones científicas no son leídas ni citadas por nadie, dada su baja calidad académica.

Lo preocupante es que acabando la mayoría de las revistas no se solucionará nada, porque rellenar formularios sigue siendo la regla para las instituciones, además porque las revistas jurídicas colombianas escogen lo que publican entre lo que les llega y les llega lo que se hace

en las universidades colombianas, entonces la calidad pareciera que se nivelara por lo bajo. Pero mirar el resultado fijándose en la calidad de las revistas además es simplista, porque detrás de la calidad de las publicaciones hay una historia y un contexto que explican muy bien por qué la baja calidad. La realidad es que entramos en un círculo vicioso, nadie cita lo que se publica porque es de baja calidad y esa calidad no depende de las revistas y a veces ni siquiera de los autores.

La consecuencia para los pocos investigadores que persisten en este opaco panorama es que tendrán que seguir investigando a las carreras, ahora juntándose con colegas de otras universidades para redactar libros que nadie lee y, en general, para cumplir a las patadas los nuevos requisitos que desconocen realidades prácticas.

Debería revisarse primero si los investigadores en verdad lo son, si los proyectos de investigación son coherentes en plazos y resultados con la calidad científica, si los sueldos son dignos para trabajar en una sola universidad para personas con formación de maestría o doctoral, si los editores y las revistas cuentan con los recursos necesarios, entre muchas otras cosas. Si dos o tres universidades lo hacen no será suficiente, porque el insumo que publican sus revistas necesariamente proviene de otras universidades.

Un segundo contexto ayudará a ejecutar la condena, los investigadores deben publicar, claro está, pero ¿qué deben publicar? A partir de ahora menos artículos y más libros u otros productos que permitan cumplir los requisitos a las universidades en el menor tiempo posible. Esto hará que muy pocos escriban en revistas indexadas y por ende que los citen.

¿Dónde deben publicar? Donde les digan, porque paradójicamente ahora el conocimiento científico solo depende del número de citaciones que uno o dos sistemas de medición de citaciones indiquen. Así que deben buscar entrar en revistas indexadas de ciertas bases internacionales que

son verdaderos negocios, al investigador no le pagan por publicar ni tampoco regalías por las lecturas que hagan de sus textos, es más, a veces les cobran, y el lector abona por acceder al conocimiento.

En revistas de otros países ciertamente les tocará publicar, aunque muchas de estas no formen parte del sistema *open journal*. El investigador entrará en un dilema propio del contexto de ciencias sociales de alcance nacional, como el derecho: “si publico nadie me leerá y mucho menos me citará, pero la revista pertenece a esas bases que me piden”. ¿Para qué deben publicar? Los investigadores que vivan de su actividad deben sin duda cambiar la manera de publicar, en derecho es frecuente encontrar investigadores que abordan temas de investigación rebuscados, sin relevancia práctica o teóricamente repetitivos, y a partir de ahora hay que pensar en que el lector potencial de ese escrito debe consultar y ojalá citar.

Por eso es necesario saber perfilar muy bien un escrito jurídico para que sea citado, no solamente debe ser novedoso, sino tener un público amplio, debe ser sencillo para aumentar ese público destinatario, etcétera. Otro factor que perjudicará a los investigadores es que los editores de las revistas están obligados a escoger aquellos autores que tengan un índice H alto, así que no bastará escribir algo bueno porque un joven investigador que comienza su carrera entrará de último en la fila en una revista indexada. El círculo vicioso se completa con que nadie cita a los autores porque ya no tienen dónde publicar y donde pueden publicar muy pocos los citarán.

Estas reflexiones sugieren que la discusión frente a lo que es la investigación y lo que es científico si bien ha dado pasos adelante en el contexto colombiano está sometida a ciertas vicisitudes y paradojas que ameritan que todos los actores involucrados sigamos dialogando para mejorar nuestra realidad social.

FORMAS DE AUTORÍA EN LA PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES*

Jaime Alberto Sandoval Mesa**

Fecha de recepción: 5 de agosto de 2016
Fecha de evaluación: 12 de octubre de 2016
Fecha de aprobación: 21 de marzo de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3038>

Forma de citación: Sandoval, J. (2017). Formas de autoría en la persecución de crímenes internacionales. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 40, 11-26. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3038>

Resumen

El presente artículo tiene por objeto indagar sobre las diversas formas de autoría en el orden internacional y su aplicación en la persecución de crímenes internacionales en el derecho interno. Este aspecto se viene presentando en los diversos precedentes nacionales mediante el alcance de la interpretación de precedentes de instancias de la justicia internacional. Dicha interpretación amplía las bases del derecho interno generando problemas de definición en un aspecto concreto como la autoría para tales casos, lo cual incide en la responsabilidad penal. Para los fines correspondientes, este documento se desarrolla según el método de investigación dogmático-jurídico y de análisis jurisprudencial, con uso de herramientas metodológicas, históricas, descriptivas, comparativas y propositivas.

Palabras clave:

Autoría, empresa criminal conjunta, dominio funcional, aparatos criminales, estructuras organizadas, superior jerárquico.

* Artículo resultado de investigación del proyecto Der 1504 denominado “Aplicación de los criterios de la justicia internacional sobre autoría y participación en el caso de los fenómenos macrocriminales de derecho penal interno”, Grupo de Derecho Público – línea de derecho penal del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Ph.D. en Derecho, magister en Derecho Penal. Profesor investigador, Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: jaime.sandoval@unimilitar.edu.co

TYPES OF AUTHORSHIP IN THE INTERNATIONAL CRIMES PROSECUTION

Summary

The objective of this article is to investigate about the diverse types of authorship in the international order and its enforcement in the prosecution of international crimes under domestic law. This aspect has been presented in different national precedents by the grasp of the interpretation of previous instances of the international justice. Such an interpretation broadens the foundations of domestic law, creating concerns of definition in a concrete aspect, such as the authorship in those cases, which impairs the criminal liability. For the relevant purposes, the following article is developed under both the legal dogmatic and jurisprudential analysis method, using methodologic, historic, descriptive, comparative and propositional tools.

Keywords:

Authorship, joint criminal enterprise, functional domain, criminal apparatus, organized structures, superior.

FORMAS DE AUTORIA NA PERSEGUIÇÃO DE CRIMES INTERNACIONAIS

Resumo

O presente artigo tem como objeto pesquisar sobre as várias formas de autoria na ordem internacional e sua aplicação na perseguição de crimes internacionais no Direito Interno. Este aspecto vem-se apresentando em nos vários precedentes nacionais através do alcance da interpretação de precedentes de instâncias da justiça internacional. Esta interpretação estende as bases do direito interno gerando problemas de definição em um aspecto concreto, como a autoria para tais casos, o qual incide na responsabilidade penal. Para os fins correspondentes, este trabalho é realizado sob o método de pesquisa dogmático-jurídica e de análise jurisprudencial usando ferramentas metodológicas, históricas, descritivas, comparativas e de propostas.

Palavras-chave:

Autoria, empresa criminosa conjunta, domínio funcional, aparelhos criminais, estruturas organizadas, superior hierárquico.

Introducción

El punto central de la autoría y la participación en estructuras organizadas de tipo criminal, es respuesta a las limitaciones de las figuras dogmáticas concebidas en la ley penal que tiende a tener preocupación por el asunto. Se identifica primero frente al contexto histórico de los ámbitos interno e internacional mediante diversas clases de respuesta para señalar a los máximos responsables. Esto significa que independiente del desarrollo penal existen y han existido.

Teniendo en cuenta esta naturaleza real de estructuras criminales que perviven en la sociedad, el objeto del presente estudio se centra en determinar si las fórmulas mucho más abiertas y generales, que son esbozadas en los precedentes de instancias internacionales, se pueden aplicar en casos de actualidad, en el derecho penal nacional, con respecto a la persecución de crímenes internacionales que se comenten en el escenario interno.

En el momento, tal ejercicio suscita diversos problemas de interpretación, más allá de la permanente influencia en los actos objeto de juzgamiento, materialización y persecución efectiva como factor de determinación y sanción penal. Para los propósitos correspondientes se hace necesario, siguiendo el método elegido, indagar en una primera parte, por el contexto que da lugar al origen de aparatos organizados de poder en el derecho interno nacional, atendiendo sus elementos históricos.

Luego se examinan los antecedentes de las figuras empleadas en casos de estructuras macro-criminales y por último los casos especiales que han sido objeto de investigación y juzgamiento en el derecho interno, mediante elementos propositivos y descriptivos junto con el análisis jurisprudencial. Al final se tratará de evidenciar si los alcances de las decisiones judiciales actuales avanzan a consideraciones más amplias de la autoría y si es posible prescindir de la responsabilidad del instrumento así sea fungible o si por el contrario se trata de una evolución teórica mas no práctica.

A. El contexto de los aparatos organizados de poder y su persecución

En la historia nacional se puede identificar situaciones asociadas a elementos generadores de aparatos criminales organizados de poder. Muchas de las violaciones a derechos humanos que comenzaron a configurar conductas criminales en virtud de la aplicación de normas de excepción, en forma paralela al estatuto punitivo (decreto 1923 de 6 de septiembre de 1978), tuvieron el suficiente alcance para actuar dentro de un contexto similar a lo que Claus Roxin (2000, 2006) denomina una organización dentro del Estado, al margen del derecho, capaz de tener hombres de atrás que ordenan delitos con mando autónomo, sobre unos ejecutores también responsables.

En efecto, a pesar de los avances en este tiempo, sobre todo con la expedición del decreto-ley 100/1980 (Código Penal) que desarrollaba la

dogmática penal que contemplaba la figura del autor mediato, las prácticas oficiales rebasaban el ámbito de protección del estatuto punitivo. Por ende, esto se reflejaba en los ciudadanos, dado que las facultades en la normativa citada, reprimían actos relacionados con las manifestaciones de protesta, distribución de documentos que pudiesen ser considerados subversivos, etc.

Esto por supuesto obedecía a la competencia asignada a comandantes de brigadas militares, incluso por delitos menores (Iturralde, 2010). Todo este escenario jurídico y fáctico era propicio para la generación de atentados provocados por estructuras criminales, bien dentro del Estado o fuera de él, que comenzaban a aparecer en las transgresiones punitivas de la época, en Colombia, según características que revelaban organizaciones con una identidad independiente de la propia de sus miembros (Roxin, 2000), como por ejemplo, en las organizaciones subversivas o paraestatales que se avizoran en este tiempo.

Las disposiciones del decreto 1923/1978 (Estatuto de Seguridad) permitían proceder en forma aparente, al amparo del derecho, pero a su vez, al margen del derecho, como otra de las particularidades de las estructuras organizadas de poder (Roxin, 2000). En este caso, puede que el estatuto en mención menoscabara libertades, pero órdenes de desaparición forzada o tortura no se encontraban dentro de sus cauces jurídicos, por ello vale resaltar que las actuaciones sobre comisiones de delitos no están al amparo del derecho sino por fuera de él.

En este sentido, el informe de la Comisión Nacional de Reconciliación y Memoria Histórica señaló que las normas de excepción indicaban cuerpo doctrinario y normativo (decreto 1923/1978) que instrumentalizó la doctrina de la seguridad nacional y el concepto de enemigo interno, con cualquier adversario que operara en la nación. Si bien la Corte Suprema de Justicia (CSJ) declaró algunos artículos como inexecutable, del estatuto en cita, este factor de contexto sirvió de base para los avances de las guerrillas y sobre todo la popularidad del M-19.

En vigencia del estatuto (1978-1982) se produjeron 82 000 detenciones arbitrarias y torturas en guarniciones militares contra miembros de guerrillas como EPL y ELN y otros grupos de izquierda, estudiantes de universidades públicas, etc. Todo ello como consta en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/SER.I./V/II) de 1981 (Grupo de Memoria Histórica, 2014).

Por lo anterior, el decreto es calificado como uno de los fundamentos para las prácticas ilegales de los agentes estatales y de estructuras organizadas de poder cuyas actuaciones se traducían en conductas como la desaparición forzada, la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes. En esta época los gobiernos fueron calificados como militaristas (Julio César Turbay Ayala, 1978-1982), lo cual implicaba no solo una respuesta coyuntural a un conflicto en crecimiento sino a medidas que propiciaron actos de agentes estatales por fuera de la legalidad (Grupo de Memoria Histórica, 2014).

Frente a este panorama, el código de 1980 concibió una estructura dogmática que, a pesar de todo, sirvió como soporte para evitar la consolidación de estas figuras de excepción y de algún modo rescató la posibilidad de crear medidas especiales para identificar actores que tuviesen un comportamiento en la forma especial de la autoría mediata (Pérez, 2009).

Sin embargo, todavía no se observa la persecución de los aparatos organizados de poder, esto solamente se va a identificar con el tiempo, luego de las graves violaciones de derechos humanos que se gestaron durante los años ochenta y que sirvieron de fuente para la conformación de una estructura paralela que fue el germen de un nuevo tipo de criminalidad mayor.

En este sentido, se debate en la actualidad si eventos como los anteriores corresponden a grupos ilegales dentro del mismo Estado y a estructuras organizadas de poder, las cuales se consideran que obran al margen del Estado (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de

diciembre de 2015, rad. 38957). La diferencia es relevante en tanto que se extiende el radio de operación de la autoría y la participación penal, con la consecuente persecución del delito, tomando en cuenta las órdenes del superior jerárquico sobre un aparato fungible o intercambiable, que además no le resta importancia en la tarea de atribuir a los máximos responsables la comisión de delitos.

Por ejemplo, en asuntos como el del Palacio de Justicia de Colombia, en la primera instancia del tribunal se atribuye la presencia de estructuras organizadas al margen de la ley y después en la sentencia de casación, la CSJ determinó que no había suficiente material probatorio para establecer los elementos que supusieran la existencia de la estructura en estudio (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de diciembre de 2015, rad. 38957).

En todo caso, este tipo de criminalidad aparece en otros contextos como en el sistema interamericano (caso Los 19 comerciantes *vs.* Colombia; La Rochela *vs.* Colombia, entre otros), en los cuales se revelan algunas de sus características: organización que puede estimarse como una entidad nueva y que distingue a efectos de la imputación de responsabilidad penal, las personas físicas que emplean el sistema criminal como herramienta de la organización criminal en sí (Roxin, 2000).

De acuerdo con Caro (2014), se trata de una estructura compleja de carácter esencialmente delictivo. En la misma concurren y conviven el mando y los subordinados, quienes deberán obedecer incluso órdenes de asesinato.

La siguiente sección estudiará la correlación entre los desarrollos en este aspecto de las actuaciones penales internas y la persecución de tales aparatos criminales, todo ello respecto de los precedentes internacionales y la perspectiva que puede generarse en virtud de los avances modernos en el tema.

B. Persecución penal internacional de crímenes internacionales

La autoría y participación en el contexto de la responsabilidad del superior jerárquico, son materia de debate que incluso discute formas de imputación internacional. La corriente dogmática tradicional contemporánea concibe la autoría y en concreto la autoría mediata, como la actuación de un auténtico autor que utiliza a otro como instrumento para cometer el delito, que en últimas es obra suya, dado que ha existido dominio de la voluntad. Esto con el apoyo del *animus auctoris* con el cual se puede atribuir fácilmente la voluntad del autor al sujeto de atrás (Roxin, 2000).

Desde este punto de vista el autor mediato –hombre de atrás– no lleva directamente las conductas prohibidas, sino que se vale de otro como instrumento (Ferré, Núñez y Ramírez, 2010). Para Roxin (2000) esta teoría subjetiva apunta a quienes mueven los hilos de una organización: los inductores, aunque esto puede no ser un criterio útil para diferenciar al autor mediato del inductor. Este primer cuestionamiento conlleva indagar acerca de la autoría mediata en el seno de grandes organizaciones criminales constituidas por aparatos organizados de poder.

Por otra parte, este tipo de autoría mediata se despliega en virtud de coacción, en la cual, el coaccionado debe actuar amparado de una causal de justificación (estado de necesidad justificante artículo 32.7 CP), en este sentido, el dominio de voluntad se presenta por error vencible o invencible o en error de prohibición, o también en el caso del dominio de la voluntad mediante la utilización de inimputables y menores (Ferré *et al.*, 2010).

Entonces, ¿qué sucede cuando no se dan estas variables, sino que el dominio del hecho se soporta en una estructura, es decir, en el marco de una organización? Esta pregunta no se apoya en situaciones de criminalidad ordinaria, sino en circunstancias que pueden identificarse en graves crímenes, como violaciones del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH),

que revelan ciertas obligaciones frente al superior jerárquico. Dichos elementos pueden servir de fuente para la concepción y persecución de fenómenos macrocriminales basados en esta clase de delitos de organización.

Desde las cuatro concepciones del dominio del hecho, se constata que frente a este problema los conceptos finalista y objetivo-subjetivo del dominio final, niegan el dominio del hecho macrocriminal en el marco de la organización jerárquica de un sistema conformado por individuos que mandan en la misma. Esta postura no se acepta debido a la valoración del hecho colectivo, perpetrado en la organización por individuos que están en los niveles inferiores de la jerarquía, considerados por el derecho penal como libres y por lo tanto responsables como autores (Simon, 2014).

Así, las formas de autoría en delitos de grandes organizaciones criminales se establecían en un principio a partir de la responsabilidad del superior jerárquico (Ramelli, 2011), a través del cual, se pudo identificar un concepto denominado macrocriminalidad como punto de partida para imputar responsabilidad penal.

Sobre este aspecto se han desarrollado diversas teorías producto de las investigaciones y precedentes originados en los tribunales internacionales que se advierten principalmente en los aparatos y grupos criminales que actúan en contextos de graves y masivas violaciones de derechos humanos (Aponte, 2011).

El esquema propuesto, al abrir esta base fáctica para extenderla a otros autores sustituibles o partícipes de la empresa criminal común, trata de plantear la posibilidad de imputar a los dirigentes y superiores de grupos armados con posiciones privilegiadas frente a la ejecución y puesta en marcha de políticas militares que afectaban a la población civil en graves infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) o al DIDH.

En la tesis de Roxin (2006) se denominan delincuentes de escritorio, como en el caso del

proceso contra Adolf Eichmann o la sentencia contra los miembros del Consejo de Seguridad Nacional del Gobierno de la Alemania del Este que en 1994 los condenó como autores mediatos de homicidios dolosos, porque habían ordenado a fugitivos que querían traspasar el muro de Berlín mediante disparos mortales.

Además de la tesis de Roxin (2006) se han sugerido en los tribunales internacionales otras teorías que obedecen no necesariamente a un concepto de acción dogmático penal, de tipo continental sino en muchos casos, a los precedentes que aparecen tanto en normativas internacionales como en los contextos propios de la justicia internacional, que acepta en mayor medida este tipo de imputación colectiva, a diferencia de la imputación individual propia de nuestro sistema interno de derecho penal.

Por otro lado, la praxis de los grupos de criminalidad en mención, implica la existencia de una posición jerarquizada que se cimienta en la división de trabajo, en la cual se puede advertir, un primer conjunto de personas responsables de las cuestiones estratégicas y otro dispuesto para la realización material de las decisiones. Según estos factores, los ejecutores o instrumentos no son coautores, pues falta la ejecución exigida en materia penal, ya que una instrucción y su observancia no son una determinación común para la comisión del hecho (Roxin, 2006).

En este caso, se establecen relaciones entre los grupos armados que actúan con base en órdenes generales coordinadas por superiores y otras derivadas del obedecimiento de lineamientos de actuación de tales grupos, lo que a su turno ha generado a lo largo de la historia, crímenes y violaciones objeto de persecución internacional. Incluso esta conformación está más fácilmente identificada en las normas del DIH que en el derecho penal.

Lo anterior comportó la investigación en tribunales nacionales e internacionales de los precedentes que surgieron al respecto y que se analizan a continuación sobre la responsabilidad del su-

perior desde otros elementos jurídicos distintos de la dogmática penal tradicional. Más adelante se volverá sobre los argumentos aducidos por Roxin, como centro de la presente discusión.

1. El denominado “Estándar Yamashita”

El 19 de enero de 1946, el general MacArthur, supremo comandante de las potencias aliadas dispuso instaurar un tribunal especial para juzgar los crímenes de guerra del ejército japonés a raíz de los acuerdos de Potsdam. El tribunal tendría a cargo juzgar a las personas responsables de crímenes clase A (crímenes contra la paz), clase B (crímenes de guerra) y clase C (crímenes contra la humanidad), tal y como se desarrolló en Núremberg (Prieto, 2005). El mismo tuvo la representación de Estados Unidos y de once Estados.

Además de las actuaciones iniciadas y de la influencia del general MacArthur, fue de particular interés el fallo proferido por el tribunal en contra del general Tomoyuki Yamashita por crímenes de guerra cometidos por sus subordinados en las islas Filipinas (Bassiouni, 1999). El cargo imputado se dirigió a demostrar la actuación del general según la cual, se hizo caso omiso en su deber como comandante de la Armada 14 del Ejército Imperial Japonés y gobernador militar de las islas Filipinas (1944-1945). En su condición era de su competencia controlar las operaciones de los miembros que estaban bajo su mando. Así se les permitió cometer atrocidades brutales u otros delitos contra el pueblo de los Estados Unidos, sus aliados y dependencias (Aponte, 2011).

La defensa argumentó que se había producido la violación de la Convención de Viena y la Constitución Política de los Estados Unidos, por no haber participado directamente en la comisión de los delitos. Esta tesis se contrapuso con la normativa internacional existente en el momento, que indicaba ciertos elementos como el fundamento originado de la Convención de La Haya de 1907 sobre la responsabilidad de los superiores jerárquicos dentro de la estructura militar (anexo cuarto, artículos 1 y 43).

En este caso, una de las condiciones para que se reconozca el estatus de beligerante es la existencia de un superior, de un responsable de las acciones de sus subalternos. El comandante debe tomar todas las medidas necesarias para restaurar y asegurar el orden público y el cumplimiento de las leyes que rigen el país (Aponte, 2011).

Frente a esto, la Corte Suprema de Estados Unidos que conoció la apelación, indicó que independientemente de que el superior jerárquico participe de forma directa o no de las operaciones militares, que dé o no la orden de cometer un delito es responsable, dada su obligación de supervisión y control que tiene por el cargo que ostenta en la estructura de la organización militar.

En general, la postura sobre este aspecto se consignó en el Protocolo I Adicional a los convenios de Ginebra de 1949. Así se determina la responsabilidad de los superiores por el actuar de sus tropas. En estos casos el protocolo limita la responsabilidad del superior, en cuanto solo es responsable cuando conozca o posea información de la comisión del ilícito.

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998) se reflexiona sobre la responsabilidad del superior jerárquico, concretamente en el artículo 28 frente a dos supuestos fácticos según los cuales el superior jerárquico es responsable:

- Cuando el ilícito lo llevan a cabo fuerzas bajo su comando.
- Cuando se consume el delito por parte de sus subordinados.

El estatuto así reconoce que se puede ser responsable por acción o por omisión frente a las actuaciones que deriven en crímenes internacionales y, por lo tanto, se incorpora el Estándar Yamashita como el deber de conocer el actuar de las fuerzas que controla el superior jerárquico.

II. Teorías de imputación de responsabilidad penal: la teoría de la joint criminal enterprise

Alrededor de los argumentos anteriores se gestaron diversas teorías de la imputación en estructuras organizadas de tipo criminal, como por ejemplo la tesis que propuso el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (caso *Prosecutor vs. Duško Tadic*). En este caso, se reconoce que los crímenes cometidos en el ámbito internacional, son manifestaciones de criminalidad colectiva o crímenes llevados a cabo por un grupo de individuos que actúa según un diseño criminal común (Aponte, 2011).

Para tal efecto, es importante destacar el escenario jurídico en el cual se presenta el análisis de contexto de la antigua Yugoslavia: se trata de un conflicto armado, que se evidencia cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o entre las autoridades gubernamentales y grupos organizados o entre tales grupos en el seno del Estado (caso *Prosecutor vs. Duško Tadic*). Es decir, se trató de grupos organizados de tipo militar y de fuerzas estatales, concepto que no es distinto de las estructuras organizadas de poder criminal.

Lo anterior se prueba en este caso, en que al momento de la comisión de delitos, hubo una división de tareas propia de las diferentes formas de coautoría que conducen a que en la práctica, solo un número pequeño de personas ejecute el delito (autores materiales), mientras que otro número de sujetos realiza acciones para facilitar y contribuir a su comisión como en el caso de los coautores (Aponte, 2011). Se da entonces la unión en torno al plan o empresa criminal común como fundamento de la teoría, de suerte que las personas que cometen el delito se unen gracias a ese plan común.

De igual forma, la participación voluntaria de los involucrados gira alrededor del objetivo común que debe ser ilícito o ilegal. La doctrina de la empresa criminal también exige que luego del acuerdo inicial, se ejecute el propósito criminal

común, esto es, se exterioricen sus actos, como elemento que permite distinguir la *joint criminal enterprise* de la conspiración que solo supone la membresía al grupo como cimiento de la imputación (Aponte, 2011).

Así mismo, el elemento esencial de la empresa criminal común, es que se comparta el fin común y que el sujeto contribuya o facilite la comisión del ilícito. De esto se trata el elemento subjetivo y para ello es cardinal para que tenga aplicación la teoría, que cada uno de los individuos implicados contribuya en la ejecución del propósito común, con dolo directo, con la aspiración de que se consuman los resultados propios de la empresa criminal.

En efecto, se exige que el sujeto participe de forma dolosa en la realización del plan común. No necesariamente el sujeto debe ser el autor de la conducta, basta que contribuya y asista a la ejecución del propósito común, para que se entienda que fue coautor de los ilícitos cometidos. En síntesis, en el aspecto subjetivo se requiere que el sujeto comparta el fin colectivo y aporte con dolo directo a la consumación de los delitos materia del plan común.

También se presenta una posible extensión de la responsabilidad penal, toda vez que se pueden sancionar dos tipos de actores. A los que si bien, no han cometido crímenes graves, son responsables por pertenecer y compartir la empresa criminal común. Los líderes (militares y políticos) que habrían planeado la empresa común. Por otra parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia reconoce tres formas de empresa criminal común (Aponte, 2011):

Primera: todos los participantes del propósito común, poseen la misma intención criminal de cometer un delito. Se exige: un propósito común (elemento subjetivo), la necesidad de que los asociados ejecuten cualquier tipo de acción tendiente a facilitar el delito.

Segunda: se conoce el hecho y se secunda el propósito general. Se debe cumplir una tarea

tendiente a facilitar o impulsar el sistema organizado o sistematizado del maltrato.

Tercera: solo se aplica la noción de propósito común cuando se cumplan los siguientes requisitos del elemento subjetivo: la intención de tomar parte en la empresa criminal común y continuar el propósito criminal de la empresa. La previsibilidad de la posible comisión por otros miembros del grupo de delitos que no son el objeto del propósito criminal común (caso *Prosecutor vs. Duško Tadic*).

Solo se pueden cuestionar hechos que escapen de la naturaleza de la imprevisión, como por ejemplo actos individuales de los actores que no desarrollan la empresa criminal común. Además, es un concepto demasiado general para imputar responsabilidad y puede resultar indeterminado.

De igual modo, dado el fundamento dogmático y la tradición penal interna, sigue siendo demasiado amplio para asignar el concepto de participación para imputar responsabilidad. Se debe tomar en cuenta que el sentido de exteriorización de los actos, resuelve múltiples aspectos del concepto de acto penal, lo cual es relevante para los fines del presente trabajo.

III. Teoría de coautoría basada en el joint control over the crime

Claus Roxin (2000) sostiene que existen situaciones en las que surgen límites entre el dominio de la acción y el dominio de la voluntad. En este espacio, el agente no tiene dominio ni de la una ni de la otra y, sin embargo, participa activamente en la realización del delito. Por lo tanto, cabe plantear su autoría, aunque la acción típica la lleve a cabo otro partícipe. Se trata de un aspecto donde en caso de que a una persona se le impute un delito a título de coautor, no es menester que haya perpetuado físicamente el delito, sino que su coautoría se deduce del control efectivo que el sujeto tenga o haya tenido sobre la comisión del delito (Ferré *et al.*, 2010).

De acuerdo con estos supuestos se resalta la posición clave de cada interviniente en la ejecución de la conducta, frente al tipo de acciones, en lo que Roxin (2000) llama la cooperación en la fase ejecutiva y la cooperación en la fase de ejecución. No obstante, el asunto significativo se deriva de la debida intervención que pueda otorgarle al agente, el rol de coautor y para ello es necesario revisar su aportación para ostentar el dominio del hecho.

Al respecto Roxin (2000) admite que algunos niegan esta noción, puesto que uno solo puede ser responsable de su parte y no del hecho global, postura última sobre la que se asienta el dominio funcional. Frente a este punto se define la controversia en que no hay contradicción, pues cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás, lo cual implica que el coautor no tiene el dominio del hecho por sí solo, pero tampoco ejerce un dominio parcial, sino que el dominio completo reside en varios que pueden actuar en forma conjunta. Se tiene en cada uno de ellos el destino del hecho global.

Por ejemplo, en aquellas en las que se deduzca la no participación por separado de los intervinientes, se puede anular el plan común. Así las acciones son claves y cada autor tiene la capacidad de impedir la comisión del delito (Aponte, 2011).

El interviniente no puede ejecutar nada solo, por ello se denomina dominio funcional que corresponde al dominio como forma de autonomía del dominio del hecho. Por ejemplo, la intimidación de los empleados del banco o el sujetar a la víctima, no realizan el resultado, únicamente esto se produce si cada uno coopera, puede ejecutar el plan conjuntamente. El desarrollo de cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación (Aponte, 2011; Roxin, 2000). A través de esta valoración se evidencia la posición clave de cada interviniente y se describe con exactitud la estructura de la coautoría. Por ende, la idea básica de la coautoría, siempre que se conciba como un dominio del hecho conjunto (Roxin, 2000).

Por ejemplo, en el caso contra Thomas Lubanga, la Corte Penal Internacional (CPI) aplicó la teoría en su providencia del “domino del hecho” por el crimen internacional de reclutamiento de menores, al indicar que el acusado asumió un papel cardinal de coordinación general en la puesta en marcha del plan e igualmente cumplió personalmente funciones en su ejecución. La CPI al implementar la teoría de Roxin, sostuvo en relación con el elemento fundamental del codominio del hecho, que en la comisión de un delito concertado, ninguno de los sujetos que actúan (coautor) tiene control total del delito, pues depende de los otros para su comisión. Por ello, es coautor todo aquel que tenga la posibilidad de frustrar la comisión del ilícito, omitiendo su función dentro del grupo criminal. Solo si todos los coautores actúan en forma coordinada se produce la consumación del delito (Aponte, 2011).

Se exige además la participación de todos los sujetos para la consumación del hecho –así se concibe el efectivo control sobre el resultado del delito (*over the crime*)–. Ninguno de los que participan tiene el control total del delito, pues dependen unos de otros para su comisión; todos comparten el control, todos deben ejecutar su tarea para la consumación final del crimen (Roxin, 2000).

Por otra parte, frente a la clase de contribución en este tipo de autoría, la CPI desarrolló elementos para aplicar la teoría en forma más consistente, toda vez que el plan común debe incluir un elemento de criminalidad. En tal sentido, el mismo debe estar construido en torno a la posible omisión de un delito, independiente de que pueda hacerse realizable o no. Así el requisito del elemento criminal se encuentra satisfecho. También se entiende cumplido cuando los coautores son conscientes del riesgo de la aplicación del plan común, el cual se traduce en la comisión de un delito y la aceptación de su resultado –dolo eventual– (Aponte, 2011).

Además del plan común, debe existir una contribución esencial hecha de forma coordinada por

cada uno de los coautores. Siendo esto así, tienen “dominio funcional del hecho” solo aquellos a los que se les ha asignado una tarea fundamental y quienes pueden frustrar la comisión del delito al ejecutar dicha tarea. Es decir, es coautor todo aquel cuyo aporte en la fase ejecutiva resulta indispensable para la realización del resultado previsto (Roxin, 2000). Solamente existe una excepción: si alguno actúa en forma independiente del plan para lograr otro resultado, este le pertenece y no puede subordinarse al plan global del grupo.

Así entonces, la diferencia entre la empresa criminal común y la teoría del dominio funcional implica que la primera no exige que la contribución del sujeto sea esencial, basta con que se realice una tarea de menor importancia pero que sea ejecutada con dolo respecto a la consumación del propósito criminal. En la teoría del dominio funcional demanda que la contribución sea vital, de tal suerte que la omisión de dicha contribución frustra la comisión del delito. Se trata de un concepto abierto mas no indeterminado y, por lo tanto, sus elementos de coautoría se pueden obtener mediante la subsunción y la valoración de complementación judicial, necesarias en estos casos (Roxin, 2000).

Ahora bien, en los delitos internacionales este tipo de coautoría solo puede servir para casos particulares, lo cual comporta que se pierde la revisión de los objetivos de una organización o estructura criminal, y por ende, sigue pendiente el examen de las actuaciones en delitos de organización mediados por el plan común. Es decir, esta modalidad persigue tradicionales estructuras de delincuencia, pero no macroestructuras criminales a las que se viene haciendo alusión.

C. Autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder. Análisis jurisprudenciales

Respecto al tema que se plantea y sus efectos en el sistema nacional, se puede mencionar la aplicación de la fórmula de la autoría en el Código Penal de Colombia. En este caso,

el sistema colombiano admite dos formas de autoría mediata: la coacción ajena y el engaño, formas que respetan el postulado contenido en el artículo 29 del CP.

En cuanto a la teoría de Roxin (2006), se observan varias diferencias, pues en la autoría mediata en estructuras de poder, el autor material determinado por el hombre de atrás, actúa plenamente responsable, sin embargo, es fungible o sustituible. Los ejecutores o instrumentos no son coautores, pues en la falta de ejecución en común –y en muchas ocasiones no se conoce el autor del mando central– no aparece una unión recíproca de cómplices que colaboran al mismo nivel y se excluye la inducción.

Se trata de un dominio de organización, existe una provocación al hecho, pero al contrario del inductor el hombre de atrás toma la decisión por existir un mando de poder, que es determinante para la ejecución. Por lo general el inductor se encuentra fuera de la organización, el hombre de atrás no, forma parte de ella (Roxin, 2006). De acuerdo con esto, la teoría impone sancionar con el más alto rigor a los mayores responsables, al superior jerárquico y no al miembro raso que puede ser sustituible (fungibilidad pura).

La Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía ha puesto en práctica en varios casos emblemáticos la tesis de Roxin en relación con la fungibilidad del autor, explicando que esta teoría se aplica a organizaciones (como las Farc) en las cuales, aquellos que conforman la cúpula confían en que sus órdenes se cumplan, sin que se tenga que conocer quién las ejecuta. Esto es, si uno de los miembros que participan en la comisión de los delitos no lo ejecuta, otro lo hará, sin que se afecte la ejecución global del plan.

Aquí faltan varios elementos, pues no solo se trata de identificar la organización y la existencia de un dominio del aparato de poder, sino también de verificar la pluralidad de personas que integran la estructura, nivel de cooperación y funciones relativas a la organización cuyo enramado asegura al hombre de atrás el dominio

del resultado (Roxin, 2006). No solo se trata de la fungibilidad de sus miembros sino que la producción del resultado se ejecuta mediante la influencia del aparato organizado de poder. La seguridad de resultado fundamenta el dominio del hecho a diferencia del dominio de la acción del ejecutor (Roxin, 2006).

Estos detalles del dominio de la organización en esta primera decisión no se advierten, siendo un elemento medular, pues el mando, la actuación dirigida a cumplir con la organización o las acciones al margen del derecho, pueden ser identificadas, sin embargo, no se aprecia este aspecto. Nuevamente las fórmulas desde el derecho interno son insuficientes para determinar sobre todo este elemento, es decir, el valor ficticio de la organización y su capacidad de estructurar acciones y responsabilidades como cuerpo propio.

Por otro lado, la Sala Penal de la CSJ, aplicando fórmulas de imputación más acordes con la realidad de la comisión masiva de crímenes internacionales, ha visto como fórmula de coautoría impropia, que la misma no se ajusta a aparatos en los que participan centenares de personas en el trabajo criminal (Corte Suprema de Justicia, SCP. Rad. 23825. M. P. Javier Zapata. Coautoría impropia en la Cúpula del ELN-Caso Machuca).

En este caso, la Sala Penal de la CSJ en sentencia de 16 de septiembre de 2009 en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos, hace referencia a los aparatos de poder o máquinas de guerra. Esto es, de nuevo se revela la existencia de los aparatos mencionados. Por ejemplo, analizó la aparición de los frentes “La Gabarra” y “Fronteras” del bloque Catatumbo de las autodefensas en Norte de Santander (Colombia) y su proceso de afectación a la sociedad dada la estructura criminal que se consolidó en este lugar.

Este punto es interesante, pues revela la existencia del poder de mando de los bloques en alusión que identifican los niveles de jerarquía, el

personal ejecutor, el de servicio y los factores de ejecución. No obstante, en la misma solamente falta identificar quiénes en orden pueden ser autores mediatos tras otros autores mediatos y quiénes pueden tener un nivel de complicidad, conforme con las condiciones de la organización expuesta por Roxin (2006).

En el hecho fallado se narró el proceso de intimidación de la población civil y cómo después de que el grupo paramilitar citado aseguró el dominio político y territorial, logró la infiltración de la organización en la sociedad, a tal punto que recibió colaboración y participación del procesado en este caso, quien para esta época aspiró a la gobernación del departamento (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de septiembre de 2009. Rad. 29640, M. P. Julio E. Socha Salamanca). Este aspecto además de identificar la génesis del grupo y su estructura, todavía requiere de mayor identificación de las responsabilidades.

Lo relevante es que la providencia señala que se demostró la finalidad del procesado de promover un grupo armado al margen de la ley, pues no solo fue apoyado económicamente en sus proyectos políticos, sino que el aparato organizado de poder que encarnaba el paramilitarismo en Norte de Santander, fue puesto al servicio de esa causa, con el evidente propósito de que el político ejerciera el poder que aspiraba obtener al servicio del proyecto paramilitar.

Según la Corte este propósito se manifiesta en el concierto para promover aparatos organizados de poder ilegales (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de septiembre de 2009. Rad. 29640, M. P. Julio E. Socha Salamanca). Este elemento según la teoría de Roxin (2006) revela la desvinculación del aparato del ordenamiento jurídico, así actuara dentro de las estructuras estatales locales en este caso. A este punto se le puede adicionar que estas medidas son ilegítimas al margen del orden constitucional del Estado. Pueden ser legales, pero universalmente ilegítimas; es una actuación que no corresponde a un Estado de derecho. Este análisis se observa

cuando indica que dicha valoración no se realiza sobre el anterior estatus político sino sobre la actual valoración jurídica.

De igual modo, en sentencia de febrero de 2010, la Corte avanzó en fórmulas de imputación de la responsabilidad al “superior jerárquico” y anotó diferentes formas de autoría que pueden tener lugar en un mismo sujeto activo. El actor como determinador (congresista Álvaro García – Instrumento responsable. Sentencia SCP. 23.02.2010. M. P. Leonidas Bustos). En esta sentencia relativa a la masacre de Macayepo se sanciona como autor mediato al político introduciendo un matiz, pues se afirma que el mismo obró con instrumentos responsables que hicieron las veces de ejecutores de los homicidios, no obstante, la calificación del delito en la condena señala al congresista como determinador.

En este caso frente a la teoría analizada, falla la denominación del autor, pues en principio lo identifica como autor mediato, pero luego lo condena como determinador, situación que se asimila más al inductor. Es decir, no realiza los fundamentos de la teoría en estudio. De igual manera, no se analiza el sistema de organización al que pertenecía el autor, pues en los aparatos organizados de poder, el sistema (el sistema parcial de un Estado) tiene que trabajar delictivamente como un todo (desvinculado del derecho), mediante el cual, la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata, se atribuye a las instrucciones de los hombres de atrás (Roxin, 2006).

Así la Corte varía la jurisprudencia y apunta que la autoría mediata se presenta cuando una persona sin pacto tácito o expreso utiliza a otro como instrumento para que efectúe un delito. El hombre de atrás es el único responsable, porque la persona que es utilizada como instrumento, no realiza conducta o su conducta es atípica o concurre con una causal que lo exonera de responsabilidad. La Corte así, tiene como salida la noción de instrumento responsable, pero no sale de la responsabilidad del ejecutor material con base en la argumentación sobre coautoría

impropia (congresista Álvaro García – Instrumento responsable. Sentencia SCP. 23.02.2010. M. P. Leonidas Bustos).

Como se puede observar, la jurisprudencia interna revela componentes de la teoría del dominio de la organización mediante la autoría mediata en aparatos organizados de poder, pero no aborda con profundidad sus elementos. Por el contrario, desemboca en la determinación y en el dominio de la acción o de la voluntad bajo formas de coautoría impropia o en la tesis de la autoría mediata, sin acometer el centro de la discusión, ni fijar los elementos susceptibles de responsabilidad en el caso de la teoría en análisis.

Otro aspecto que sigue pendiente tanto en la teoría de Roxin como en su aplicación interna, se advierte en la posibilidad de no encontrar a los ejecutores materiales, con respecto a la responsabilidad del superior jerárquico, mandos medios, y sancionarlos. El soporte político-criminal de la teoría de Roxin es hallar la persona que ha dado las órdenes generales, que ha dispuesto todo para la comisión de los delitos y en lo posible perseguir a los autores materiales. Al contrario de las fórmulas tradicionales de la autoría, en las que el fundamento aplicado es la cercanía del autor con el hecho consumado, en la teoría de Roxin es la lejanía del hombre de atrás de los hechos lo que sirve de fundamentación. Todo ello se puede construir a través del contexto en la investigación del hecho.

Si bien existe la posibilidad de sustituir a los ejecutores, en este caso puede suceder que el ejecutor fungible perdone a las víctimas y las deje escapar, esta crítica implica que, pese a todo, la voluntad sobre la acción la conserva el agente. Este es uno de los puntos centrales, pues la considerable elevada disponibilidad al hecho del ejecutor sigue siendo demasiado amplia frente al ámbito de discrecionalidad del mismo, en donde su voluntad sigue siendo libre de apremio. Roxin (2006) asevera que en todo caso si no lo ejecuta un actor lo hace otro, pues obedecen a los mandos de la organización.

Por otro lado, es claro que Roxin admite que en casos de designación de un especialista, entra en consideración más bien la inducción, y que puede haber casos en los que el ejecutor no llegue a ejecutar el hecho. Esto no hace inviable la teoría, sino que la convierte en relativa al ampliarse a la exigencia de disposición del hecho (Ambos, 2011).

Uno de los casos emblemáticos sobre este asunto, corresponde a la Corte Suprema del Perú que dictó sentencia en su contra por asesinatos cometidos en su país, haciendo referencia a la teoría de Roxin. Sancionó las actuaciones del hombre de atrás en estructuras organizadas de poder y para tal efecto tomó los elementos característicos de la tesis como por ejemplo: la existencia de una organización a cargo del expresidente Fujimori, toda vez que el mismo detentó la posición del más alto nivel dentro de la organización estatal (hombre de atrás –poder decisorio–).

Esto le permitió tener poder de mando para la conducción directa de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas (ejecutores responsables) y por ende, de la organización de la empresa estatal de tipo criminal (mando, organización y estructuras y disponibilidad a los crímenes de la organización). De igual forma, los miembros de las Fuerzas Armadas ligados a violaciones de derechos humanos y DIH, se concibieron como integrantes de un aparato ilícito, ilegal, de poder.

En cuanto a la fungibilidad de los autores materiales del delito, se apunta en la sentencia que su condición fungible, su disposición al hecho y su no relación directa con el acusado, permitieron afirmar la posición de Fujimori como autor mediato como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder. En este caso se evidencia que todas las actuaciones se desarrollan dentro de un contexto indudable que señala la presencia de actores propios de una organización o estructura criminal o empresa criminal. Es de entender que se trató de un juicio con un alcance interno e internacional

que descubrió una amplia flexibilidad jurídica; esto en el caso comparado de Colombia todavía sigue sin tomar consistencia.

Para Kai Ambos (2011) hay que matizar el concepto de Roxin y perfeccionar la teoría del dominio de organización respecto al modelo de imputación mixto (individual-colectivo) del derecho penal internacional. Lo anterior ayuda a entender mejor la situación colombiana que vive justamente entre la imputación individual y la colectiva. En este sentido, al identificar la organización como tal, uno de los aspectos relevantes analizados aquí, destaca que en la teoría de Roxin existe una predisposición al hecho típico de la organización que resalta justamente el predominio frente al individuo de la propia organización. Es un dominio del hecho en términos colectivos y solo a través de la mediación de la organización sobre los miembros ejecutores del hecho (Ambos, 2011). De allí la necesidad de matizar la estructura analizada, para hacerla viable a conflictos como el nacional o el propio caso de Perú.

Es preciso además hacer claridad sobre este punto: Roxin acepta a las organizaciones criminales no estatales dentro del dominio de la organización, cuando actúan como un Estado dentro del mismo Estado, cuando las mismas presentan continuidad, con independencia del cambio de sus integrantes, donde cada miembro actúa como parte funcional de un todo, de cierto modo mecánico para la realización de un hecho (Ambos, 2011).

Ambos (2011) aduce que hace falta precisión del concepto de organización en los eventos en los que la misma consta de un número determinado de ejecutores como en el caso Fujimori, o por ejemplo de una organización militar no estatal como en el caso Katanga.

Kai Ambos (2011) propone para tal efecto, la distinción entre aparatos de poder organizados estatales y no estatales, dentro de estos últimos se adiciona la diferencia entre un aparato de poder formal y un grupo informal. En este

caso considera posible tales elementos, en una organización jerárquica estructurada con un número elevado de ejecutores fungibles. Esto facilita diferenciarlas de las bandas comunes y sin organización.

Por ejemplo, en el caso Fujimori se advierte un dominio de la organización en el ámbito estatal (evento clásico), pero el verdadero aparato de poder organizado se despliega a partir de la mencionada estructura del servicio secreto de Perú. Se trata de un Estado dentro del mismo Estado, donde el denominado grupo Colina era su órgano ejecutivo militar. En estos casos es importante según Ambos (2011) no dejar tan amplio el radio de quienes pueden dar las órdenes sin que estas puedan ser retiradas, pues los coautores que a la vez reciben e imparten órdenes son coautores.

Otra situación indica que el primer fundamento que se puede identificar con esta teoría surge de los precedentes internacionales que tratan la sanción por omisión como tendencia actual de las fórmulas de imputación de responsabilidad. Con esta orientación se ha acogido en los contextos internacional y nacional el desarrollo de la omisión como criterio de imputación del superior jerárquico. De acuerdo con ello, la CSJ ha sancionado a miembros de las Fuerzas Armadas por delitos cometidos por grupos ilegales que actuaron en territorios bajo su comando o han obrado con su aquiescencia, con base en la omisión y en la figura de la posición garante, por omisión impropia (Corte Suprema de Justicia, sentencia SCP. Rad. 24448. 12.09.2007, M. P. Augusto Ibáñez).

En este sentido, la omisión frente al superior jerárquico implica la conexión dogmática en función de la imputación como por ejemplo en casos de la CSJ en los denominados “falsos positivos”. En estos asuntos se denuncia crímenes cometidos contra civiles desarmados haciéndolos pasar por muertes en combate, lo cual es objeto de comprobación por parte de la Corte, al indicar que no se trata de autores materiales aislados, dirigiendo su atención al

superior jerárquico, sino que se ejerce un plan común (Corte Suprema de Justicia, SCP., sentencia 21.10.2009. Rad. 25682, M. P. Yesid Ramírez Bastidas).

No obstante, lo anterior difiere de la teoría del dominio funcional en aparatos organizados de poder y se orienta más a identificar la cadena de mando –para hallar responsabilidades individuales– que a detectar la existencia de una organización en los términos en mención.

En resumen, el concepto de organización de la teoría del dominio de la organización, con relación a grupos paramilitares o subversivos no estatales en conflictos armados, como la situación nacional, tiene que continuar ampliándose y desarrollándose más allá de su comprensión inicial, que algunos identifican como de burocrático-estatal formal, en la primera versión de Roxin. Todo ello por cuanto el dominio se basa en factores informales que resultan del entorno y actuar sociocultural (Ambos, 2011). A este punto vale la pena explorar para dar solidez a la teoría, sobre todo en conflictos armados, los elementos y exigencias de las organizaciones disidentes no estatales que aparecen en los instrumentos del DIH.

En este caso el enlace que reclama Kai Ambos entre la teoría dogmática de imputación individual y la teoría colectiva de imputación que internacionalmente se desarrolla en otros ámbitos puede coexistir con la integración normativa interna e internacional. Todo ello para evitar imputaciones generales que en alguna medida se consignan en la teoría de Roxin.

Conclusiones

Si bien en el plano internacional se avanza en la consideración de formas actuales de participación denominadas estructuras de poder organizadas o macrocriminalidad, su persecución interna todavía adolece de elementos que puedan extender la responsabilidad destinada a identificar a los máximos responsables de las mismas, prescindiendo de los rangos inferiores bajo la consideración de su fungibilidad.

A lo sumo se puede verificar la existencia de organizaciones de esta índole en la realidad penal interna, sin embargo, su identificación como estructura con miembros fungibles no perseguibles y otros de poder y mando perfectamente imputables, aún descansa en decisiones desde la óptica del instrumento responsable en el ámbito punitivo.

En virtud del DIH y demás instrumentos del DIDH y de regulación de los conflictos armados, se señalan precisas reglas para la conformación de los grupos armados organizados a los cuales se hace referencia. Tales instrumentos podrían dar lugar a los niveles y estructuras que por lo general se presentan en organizaciones similares, tales como los grupos subversivos y paramilitares que participan en estos conflictos frente a fuerzas estatales.

Sobre esto, es posible adaptar la organización, si presenta la teoría de Roxin, además de los lineamientos generales de precisión de Kai Ambos. No obstante, al investigar el seno de cada organización, seguramente su estructura, sus funciones y aspectos detallados de configuración, van a descender en diferencias ostensibles entre muchas de ellas. Lo relevante es que conciben los marcos globales trazados por Roxin o aun los detalles especiales de Ambos, pero de acuerdo con la sociología de cada organización, de seguro cada una va a conservar diferencias especiales del tipo de organización, mando y disposición al hecho.

En todo caso, la teoría de los aparatos organizados si bien tiene elementos que se pueden identificar en las organizaciones en estudio, y así lo ha realizado la jurisprudencia nacional, de acuerdo con las reglas de imputación penal que rigen en Colombia, todavía no admite la autoría mediata de un autor para crímenes generales sin la presencia del instrumento, responsable o no y menos admite su fungibilidad. Si bien se han hecho avances en algunos de los factores que identifican a las estructuras organizadas de poder en Colombia, aún está pendiente su asunción completa. Todavía no bastan ni siquiera

los elementos matizados propuestos por Kai Ambos conforme con lo expuesto aquí.

Referencias

- Ambos, K. (2011). Sobre la organización en el dominio de la organización. *Revista Indret*, 3.
- Aponte, A. (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales (diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Grupo Editorial Ibáñez.
- Bassiouni, M. C. (1999). De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una corte penal internacional permanente. *Revista de Derecho Público*, 10, pp. 45-103.
- Caro, J. J. (2014). *La autoría delictiva del expresidente Alberto Fujimori Fujimori. XXXV Jornadas internacionales de derecho penal. Procesos de paz. Derecho penal y justicia transicional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2009). Sentencia de 16 de septiembre. Rad. 29640 M. P. Julio E. Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2009). Sentencia de 21 de octubre de 2009. Rad. 25682. M. P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2010). Congresista Álvaro García – Instrumento responsable. Sentencia de 23 de febrero. M. P. Leonidas Bustos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2007). Rad. 23825. M. P. Javier Zapata. Coautoría impropia en la Cúpula del ELN-Caso Machuca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2007). Sentencia de 12 de septiembre. Rad. 24448. M. P. Augusto Ibáñez.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2015). Sentencia de 16 de diciembre. Rad. 38957. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero.
- Decreto 1923. (1978). De 6 de septiembre. *Diario Oficial* 35101 de 21 de septiembre de 1978.
- Ferré, J. C., Núñez, M. A. & Ramírez, P. A. (2010). *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Grupo de Memoria Histórica. (2014). *Informe Basta Ya*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica de la República de Colombia, Editorial Departamento de la Presidencia de la República, Embajada de Suiza.
- Iturralde, M. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Pérez, Á. O. (2009). *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Prieto, R. A. (2005). *La internacionalización de la jurisdicción penal. De Versalles a Bagdad*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Caso Prosecutor vs. Duško Tadic. (s. f.). Case No.: IT-94-1-D, decision of the trial chamber on the application by the Prosecutor for a formal request for deferral, 8 Nov. 1994. Case No: IT-94-1-Tbis-R117 11 November 1999. Disponible en: <http://www.icty.org/case/tadic/4>
- Ramelli, A. (2011). *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Agencia de Cooperación Internacional, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista Penal*, 18.
- Simon, J. M. (2014). *El dominio del hecho macrocriminal. Fundamentos. XXXV Jornadas internacionales de derecho penal. Procesos de paz. Derecho penal y justicia transicional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS*

Samir Hendrix Guerrero Pino**
Lisneider Hinestroza Cuesta***

Fecha de recepción: 11 de agosto de 2016

Fecha de evaluación: 20 de febrero de 2017

Fecha de aprobación: 16 de mayo de 2017

Artículo de investigación

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3039>

Forma de citación: Guerrero, S. H. & Hinestroza, L. (2017). El concepto de derechos humanos frente a los derechos de las minorías étnicas. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 40, 27-41. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3039>

Resumen

Los derechos humanos han evolucionado hasta el punto de reconocer derechos de naturaleza colectiva como los derechos de las minorías étnicas. Este artículo explica cómo pueden categorizarse los derechos de las minorías étnicas como derechos humanos. La investigación es de corte analítico-conceptual, utiliza el método de investigación deductivo y los de interpretación jurídica: histórico, sistemático, sociológico y teleológico o finalista, para concluir con la identificación de algunos criterios que pueden servir de base para incluir derechos colectivos como los de las minorías étnicas, en el discurso contemporáneo de los derechos humanos.

Palabras clave:

Derechos humanos, minorías étnicas, derechos de tercera generación.

* Artículo producto del proyecto de investigación: “Estudio jurídico sobre el derecho humano a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia”, adscrito al Grupo de Investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente, línea grupos étnicos y medioambiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba” (Quibdó, Colombia), financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias) por medio del Programa Jóvenes Investigadores, modalidad tradicional; Convocatoria para la Formación de Capital Humano de Alto Nivel para el Departamento del Chocó N° 694.

** Abogado, joven investigador por medio del proyecto avalado por Colciencias (2015-2016) denominado: “Estudio jurídico sobre el derecho humano a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia”. Correo electrónico: e-samir.guerrero@utch.edu.co

*** Abogada, magíster en Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia), estudiante de tercer año de doctorado en Derecho de la misma universidad. Líder del Grupo de Investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba” (Quibdó, Colombia). Docente asistente en Comisión de Estudios de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, Vicerrectoría de Investigaciones - Centro de Investigaciones en Biodiversidad y Hábitat. Correo electrónico: d-lisneider.hinestroza@utch.edu.co

CONCEPT OF HUMAN RIGHTS OPPOSITE TO THE RIGHTS OF ETHNIC MINORITIES

Summary

Human Rights have evolved to the point of recognizing collective nature rights as well as ethnic minority rights (article 27, International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 16th, 1966). This article explains how the ethnic minority rights can be categorized as human rights. This research is analytical-conceptual based, it uses the deductive method and those of legal interpretation such as historic, systematic, sociologic and either teleological or finalist, and concludes by identifying some criteria, which might be used as a cornerstone to include collective rights – as those of the ethnic minorities – in the same contemporary discourse of human rights.

Keywords:

Human rights, ethnic minorities, third generation rights.

O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS FRENTE AOS DIREITOS DAS MINORIAS ÉTNICAS

Resumo

Os direitos humanos têm evoluído ao ponto de reconhecer direitos de natureza coletiva como os direitos das minorias étnicas (artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas). Este artigo explica como podem ser categorizados os direitos das minorias étnicas como direitos humanos. A pesquisa é de caráter analítico-conceitual, utiliza o método de investigação dedutivo e os de interpretação jurídica: histórico, sistemático, sociológico e teleológico ou finalista, para concluir com a identificação de alguns critérios que podem servir de base para incluir os direitos coletivos, como os das minorias étnicas, no discurso contemporâneo dos direitos humanos.

Palavras-chave:

Direitos humanos, minorias étnicas, direitos de terceira geração.

Si en lugar de negar la identidad del otro, la reconocemos, incluso como presente dentro de nosotros, nuestra cosmovisión se expande. El mundo no se nos derrumba si nos abrimos a la identidad-en-la-diferencia, sino que se enriquece con nuevos contenidos.

Ernesto Ottone

Introducción

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas institucionalizó el

concepto universal de los derechos humanos. No obstante, dicho concepto desconoció la realidad cultural de las minorías étnicas, razón por la cual, el 16 de diciembre de 1966 a través del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se incluyeron los derechos de las minorías étnicas en la noción universal de los derechos humanos. Sin embargo, aún existen teorías que niegan la conceptualización de los derechos de las minorías étnicas como derechos humanos (teoría de la universalidad), que manifiestan que son compatibles pero dife-

rentes (teoría de la especificación) o que niegan el concepto universal de los derechos humanos (teoría del relativismo cultural).

Por lo anterior, este trabajo realiza análisis de las distintas concepciones sobre los derechos humanos y parte de los elementos esenciales para su interpretación; además presenta los criterios que hoy en día permiten categorizar los derechos de las minorías étnicas como derechos humanos.

Este artículo explica el concepto de derechos humanos a partir de las principales visiones o concepciones del derecho: cristiana o teológica, iusnaturalista racional, iuspositivista y contemporánea. El propósito es observar los enfoques de las principales teorías jurídicas sobre los derechos humanos e identificar cuáles están vigentes, de este modo, entender qué contribuye a que determinados derechos, particularmente los de las minorías étnicas, se conceptualicen como derechos humanos por el derecho internacional contemporáneo.

Luego expone el concepto de minorías puntualizando en las de naturaleza étnica, con especial interés en las minorías étnicas colombianas. También se describe cómo surgieron los derechos de las minorías étnicas en el derecho internacional, para después especificar dentro de las categorías de derechos humanos el *corpus iuris*¹ de los derechos de las minorías étnicas.

Por último, manifiesta con fundamentos normativo-conceptuales empleando sobre todo los métodos de interpretación jurídica: histórico (Monroy, 2013), sistemático (López, 2006; Naranjo, 2006), sociológico y teológico o finalista (De Asís, 2005), cómo pueden categorizarse los derechos de las minorías étnicas como derechos humanos.

A. El concepto de derechos humanos²

En este aparte se estudia el concepto de derechos humanos desde la concepción del derecho teológico, iusnaturalista racional, iuspositivista y contemporáneo siguiendo dos criterios: normativo y doctrinario.

Esto por cuanto los derechos humanos intitulados (siguiendo un criterio eminentemente normativista) así por el ordenamiento jurídico internacional universal (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los pactos internacionales de 1966³ y las demás normas complementarias), internacional continental (*verbi gratia*, en el continente americano la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969) e interno (por ejemplo, el artículo 93 inciso 1 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que enuncia el reconocimiento de los derechos humanos por medio de tratados y convenios internacionales), no son el resultado de un proceso político reciente como lo explica el exjuez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Pedro Nikken (1994).

¹ El término *corpus iuris* es utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva OC-16/1999) para aludir de manera sistemática a las normas internacionales tipo declaración, convenio, pacto o resoluciones que contienen los derechos humanos. En el presente documento, se referencia el mismo término y sistemáticamente, pero para identificar las normas sobre los derechos de las minorías étnicas, que conceptualizan sus derechos como derechos humanos por el derecho internacional.

² Este artículo no estudia el contenido de las concepciones del derecho referenciadas en *sensu lato*, por el contrario, se limita a identificar algunas de sus precisiones o conceptos vigentes en la definición contemporánea de derechos humanos, de este modo, entender que contribuye a que determinado derecho, particularmente los de las minorías étnicas, sea categorizado como derecho humano por el derecho internacional vigente.

³ Los pactos internacionales de 1966 son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

En orden cronológico, en primer lugar, está el aporte de la concepción teológica del derecho. Esta visión afirma que los derechos son creados por Dios y que el hombre los descubre por medio de la *ratio* (razón), resumiendo las particularidades que referencia Werner Goldschmidt (citado en Monroy, 2015). Respecto de esta línea de pensamiento dice Augusto González Ramírez (2015) que

[...] el origen del derecho para esta posición teológica-tradicional debe remontarse hasta el autor de la naturaleza (Dios), a la cual gobierna (divina providencia) y ha impuesto su voluntad un orden general, que puede ser conocido en parte por el hombre, ya sea por intermedio de la revelación y la tradición, o mediante el intelecto humano, lo que constituye precisamente el derecho natural [...] (p. 34).

Por medio de la fundamentación divina los próceres del “jusnaturalismo teológico” (Giraldo, Giraldo y Giraldo, 2002) atribuyen unas características a los derechos del hombre y algunas (aunque revaluadas, claro está) de ellas hoy por hoy están vigentes en el concepto jurídico de derechos humanos.

En este sentido, el exmagistrado de la Corte Constitucional colombiana Vladimiro Naranjo Mesa (2006) sintetiza algunas contribuciones de la “fundamentación teológica del derecho” (Atienza, 2011, p. 48) diciendo que “ideas como la de la soberanía popular, el contrato social, la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, la sujeción del gobernante a la ley o el derecho de resistencia a la ley injusta [...]” (Naranjo, 2006, p. 38) son desarrollo de la teoría en mención.

En pocas palabras, para la concepción cristiana los derechos se descubren mediante la razón, en la naturaleza, la cual es creada por Dios (González, 2015), por consiguiente, las teorías de esta ideología basan sus argumentos en este tipo de “poder” o “fuerza” inmaterial. Tal criterio, para el concepto actual de derechos humanos

es insuficiente sobre todo porque la autoridad que interpreta o descubre los derechos según esta posición es la Iglesia (González, 2015).

En sentido contrario, en el iusnaturalismo post-teológico se sostiene que los derechos son creados por la naturaleza y que el hombre los descubre a través de la razón (Giraldo *et al.*, 2002), pero independiente de intervención divina alguna. Esta concepción es denominada como “jusnaturalismo racional” (Giraldo *et al.*, 2002) o “escuela del derecho racional” (Monroy, 2015) según referencias de los autores en cita.

Marco Gerardo Monroy Cabra (2015) sostiene que “según esta escuela, la razón es no solo el instrumento por el que conocemos el derecho natural, sino también la base o fundamento de su existencia” (p. 16). El jurista holandés Hugo Grocio (citado en Bidart, 1989, p. 101) manifestó que “el derecho natural existiría aunque Dios no existiera” o en palabras de González Ramírez (2015), “en la Edad Moderna se consideró que la esencia y fundamento del derecho natural se hallaba en la ‘naturaleza humana’ ajena a toda injerencia religiosa” (p. 34).

Las contribuciones de la “escuela del derecho racional” (Monroy, 2015) al concepto de derechos humanos a partir de la razón como su única fuente, pueden deducirse de las precisiones de Naranjo Mesa (2006), el tratadista español Gregorio Peces-Barba Martínez (1994) y los profesores Carlos Fuentes López (2003) y Augusto González Ramírez (2015).

Naranjo Mesa (2006) asegura que para la corriente del derecho natural los derechos de los hombres son universales, permanentes e inalienables, que son anteriores “a la formación del Estado” y que “sus principios no necesitan ser consagrados expresamente por el gobernante; se imponen a él y están vigentes para todos los seres y pueblos del mundo, cualquiera sea su nivel de desarrollo o civilización” (Naranjo, 2006, p. 9).

Peces-Barba Martínez (1999, p. 42) explica que “se trata de derechos del hombre en el estado

de naturaleza y, consiguientemente, previos al Estado y al derecho positivo”, que “son producto de la razón, descubribles en la naturaleza humana, tienen un carácter abstracto, afectan al hombre genérico y al ciudadano y parten de la superioridad del derecho natural sobre el positivo” y que “al deducirse de un sistema jurídico natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables, imprescriptibles [...]”.

Manifiesta al respecto Fuentes López (2003) que “la razón es algo que comparten todos los hombres; por tal motivo, sus conclusiones pueden ser formuladas como universales y válidas para todos los tiempos” (p. 262).

El profesor colombiano González Ramírez (2015, p. 36) por su parte habla de “proposiciones fundamentales” de la “doctrina clásica del derecho natural”, entre las cuales resalta aquella que sostiene que “el fundamento del derecho se adscribe por entero a la naturaleza humana, en lo que esta tiene de absoluta, permanente y universal” (p. 36).

En síntesis, para la concepción iusnaturalista racional como los derechos del hombre se descubren por medio de la razón, estos son universales, inalienables e imprescriptibles, anteriores, naturales y superiores al derecho positivo.

Como se puede observar, el criterio racionalista es adecuado para el concepto contemporáneo de derechos humanos y, de hecho, está vigente en él, sin embargo, niega la posibilidad de incluir en el contenido de este discurso los derechos de las minorías étnicas entendiendo que, las características de la concepción iusnaturalista racional están ideadas para responder a un comportamiento “genérico” (Peces-Barba, 1999), uniforme o universal, y no a la realidad pluricultural del mundo.

En tercer lugar, está la contribución de la concepción del derecho positivo o iuspositivismo. Para esta posición el fundamento de los derechos del hombre es la voluntad, no la razón humana, de

esta manera, los iuspositivistas concentraron sus esfuerzos en construir el concepto de derecho a partir del vocablo validez (Bobbio, 2013), esto significa que es válido como derecho el producido por el hombre a través de sus instituciones políticas (Naranjo, 2006). El derecho válido, en estos términos, es el derecho positivo.

En lo concerniente al aporte de la concepción del derecho positivo al concepto de derechos humanos, Naranjo Mesa (2006) comparando el enfoque iusnaturalista con el iuspositivista indica que:

Al contrario del derecho natural, las normas del derecho positivo son elaboradas por los hombres e impuestas por ellos. Son todos aquellos mandatos expresamente aprobados y promulgados por el legislador y que están contenidos en las leyes y demás reglas jurídicas. Se trata, entonces, de disposiciones concretas, elaboradas y dictadas por el gobernante con carácter general y obligatorio. Puede decirse que el derecho positivo es la expresión jurídica del principio de la soberanía. Sus normas, producto del hombre y de sus instituciones, pueden ser modificadas, sustituidas o derogadas a voluntad suya (p. 10).

Por último, se referencia la exposición de Francisco Javier Ansuátegui Roig (2005) que admite dos situaciones que pueden coexistir en el derecho positivo: los “derechos como instituciones jurídicas” y los “ordenamientos jurídicos”. Para Ansuátegui Roig (2005) el “positivismo normativo”, otro nombre con el que se califica la concepción iuspositivista, “reconoce una única realidad jurídica, la que se identifica con el derecho positivo [...]”. El derecho positivo es producido por el poder político institucionalizado a través de los mecanismos y procedimientos previstos [...]” (Ansuátegui, 2005, p. 311).

En este orden de ideas, explica Ansuátegui Roig (2005) que en la relación que puede coexistir entre los derechos como “instituciones jurídicas” y los “ordenamientos jurídicos”,

para la concepción del derecho positivo es “circunstancial” o “contingente”, es decir que, el reconocimiento de los derechos depende de la voluntad o de los actos humanos, de ahí, continuando con Ansuátegui Roig (2005) que puede encontrarse ordenamientos jurídicos en los que se institucionalizan derechos y otros en los que no.

En resumidas cuentas, la concepción del derecho positivo afirma que son válidos los derechos del hombre si son institucionalizados en los ordenamientos o sistemas jurídicos mediante actos humanos.

Este criterio, como el del iusnaturalismo racional está en vigor en el concepto contemporáneo de derechos humanos, puesto que los derechos que contiene esta noción son todos aquellos que el hombre por medio de sus instituciones políticas reconoce como tal, a través de las normas internacionales tipo declaraciones, pactos, tratados y convenios.

Ahora bien, frente a los derechos de las minorías étnicas el criterio iuspositivista permite y ha permitido incluir derechos de esta naturaleza en el discurso contemporáneo de los derechos humanos, no obstante, no han sido fruto del “diálogo dialógico” o de la “comunicación entre culturas” que recomiendan autores como Luis Villoro (2000) y María José Fariñas Dulce (2005), debido a que simplemente han sido reconocidos por unas culturas, hacia o en favor otras.

En cuarto y último lugar, está el aporte de la concepción contemporánea del derecho. Esta tesis a diferencia de las anteriores, no formula un criterio que desvirtúa el de la teoría teológica, racional o positivista del derecho, *a contrario sensu*, es pragmática. Percibe los conceptos o precisiones teóricos que se adaptan a la realidad social, política, cultural y económica y los demás, simplemente terminan en el rincón de la historia, no del olvido.

Resultado de este pragmatismo, el *versus* teórico-práctico iusnaturalismo (sin hacer distinción entre

el cristiano y el racional) contra iuspositivismo ha sido superado, conciliado y adaptado. No hay lugar a “reduccionismo” utilizando el término de Peces-Barba (1999), se ha aceptado el “dualismo” del que habla De Asís (2005) y que el fundamento de los derechos del hombre, es el hombre, entendiendo las precisiones de Bidart (1989) y del jurista argentino Gustavo Calvino (2013)⁴.

No obstante, surgieron otros enfoques (algunos valiéndose de las ideas principales del iusnaturalismo o del iuspositivismo) acerca de cuál debe ser el contenido de los derechos del hombre, como es el caso de la teoría de la universalidad, de la especificación y la del relativismo cultural.

En cuanto a la tesis de la universalidad de los derechos humanos vigente desde 1948 con la Declaración Universal, defiende la idea de que por el solo hecho de ser personas (Isaza, 2015) sin importar el lugar (Younes, 2014), todos los hombres tienen los mismos derechos, esto es, dice Bidart Campos que, “le son debido al hombre –a cada uno y a todos– en todas partes, o sea, en todos los Estados [...]” (1989, p. 45).

Por lo que incumbe a la corriente de la especificación o de los “derechos a la identidad” (Ferrari, 2000, p. 340), si bien es cierto que

⁴ Peces-Barba (1999) en contraste con los modelos que denomina “reduccionistas” propone un “modelo integral de los derechos humanos”, esto significa una concepción que se nutre de las ideas liberales, democráticas y socialistas. De Asís (2005) a su turno, referencia una “teoría dualista” que consiste en aceptar que los derechos son materializados a través de “instrumentos jurídicos que poseen justificación moral” (p. 31). Por su parte, Bidart (1989) hablando del fundamento de los derechos humanos dice “que desde una u otra postura, con uno u otro fundamento, se coincide en que el hombre es sujeto de esos derechos (¿se podría decir que el hombre es su fundamento?) y el régimen político debe darles vigencia sociológica en un Estado democrático” (p. 98). Finalmente, Calvino (2013) manifiesta que “los derechos humanos le pertenecen al hombre, surgen de su dignidad como persona y tienen un carácter prepositivo, el Estado los declara y reconoce –no los otorga–. Esta pertenencia ubica al ser humano como centro, raíz y fin del ordenamiento jurídico” (p. 17).

no se opone a la universalidad de los derechos humanos, considera que deben institucionalizarse unos derechos distintos a los universales para las personas que se encuentran “por razones culturales, sociales, físicas, económicas, administrativas [...]” (Peces-Barba, 1994, p. 626), entre otras, “en una situación de inferioridad que es necesario compensar desde los derechos humanos” (Peces-Barba, 1994, p. 626).

Esta corriente la llama Peces-Barba (1994) “universalidad de los derechos específicos” y sirve, continuando con el autor, para eliminar las circunstancias que impiden que ciertos grupos de personas (como los niños, las mujeres y las minorías étnicas) realicen en igualdad de condiciones, por la inferioridad en que se hallan, los derechos humanos universales.

En relación con la teoría del relativismo cultural al contrario de la tesis de la especificación de los derechos, esta sí se opone a la tesis de la universalidad de los derechos humanos. Para el relativismo cultural cada cultura tiene un fundamento moral de lo que es bueno y de lo que es malo y sin importar las contradicciones que se presenten entre la “variedad de sistemas morales y de justicia” (Boco y Bulanikian, 2010, p. 10), todos son válidos. Esto quiere decir, explica el filósofo mexicano Villoro (2000) que:

Toda cultura comprende creencias acerca de lo que puede considerarse como razones que justifiquen las creencias, acerca de las reglas que deben normar la conducta para alcanzar el bien común y acerca de los valores últimos que pueden otorgar sentido a la vida (pp. 175-176).

En este contexto, como cada sociedad tiene su propio fundamento de lo moralmente bueno y de lo moralmente malo, desde este enfoque, cada sociedad debe tener un sistema u ordenamiento jurídico en el que se institucionalicen unos derechos, por consiguiente, si los derechos humanos tienen que ser iguales y universales, desde el relativismo cultural podría afirmarse que, o esta noción no existe o estaría en ries-

go su “efectividad” como lo expresa Ramin Jahanbegloo (2010).

En conclusión, para la concepción contemporánea los derechos humanos tienen una justificación moral, pero se realizan jurídicamente por la voluntad del hombre. Este fue el resultado de la pragmática pugna entre iusnaturalistas y iuspositivistas. El “debate” (Jahanbegloo, 2010) ahora es si la justificación moral debe ser universal o, por el contrario, relativa.

Para los universalistas la moral debe ser genérica, que se traduce en iguales derechos para todos los seres humanos, en oposición a los relativistas culturales⁵ que consideran que la moral debe ser particular, es decir, de acuerdo con la cultura, asimismo deben ser los derechos.

Estas posiciones, hasta el momento, no permiten una conciliación (o pragmatismo) entre ambas justificaciones morales, pues como lo explica el filósofo Marcelo Dascal (citado en Bartolomei, 1996, p. 543): “la filosofía, al igual que otras disciplinas” está pasando por una “crisis de identidad”, dentro de la cual está, por su supuesto, el contenido y el concepto de los derechos humanos.

No obstante, ante esta disyuntiva la tesis de la especificación de los derechos aparece como una posible solución de modo que, teniendo en cuenta las distintas realidades del mundo, principalmente la cultural, todos puedan realizar los derechos humanos, como es el caso de las minorías étnicas⁶.

⁵ Obsérvese que de cara a los derechos de las minorías étnicas, este enfoque es igual o incluso más cómodo que el de la especificación de los derechos, pero no facilita categorizarlos según las reglas del derecho internacional como derecho humano.

⁶ Este discurso, de todos, es el más cómodo para los derechos de las minorías étnicas en relación con el concepto de derechos humanos. No niega que tienen derechos universales e incluye los específicos o aquellos necesarios, pero diferentes (Ferrari, 2000) para que puedan ejecutar los derechos humanos universales, como el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 o la Declaración

B. El concepto de minorías étnicas

El presente acápite se ocupará de analizar el concepto de minorías puntualizando en las de naturaleza étnica con especial interés en las colombianas, de manera que se pueda comprender cómo sus derechos siendo específicos, se categorizan como derechos humanos. En este orden de ideas, Miguel Carbonell (2001) manifiesta que:

Desde un punto de vista general, existe una minoría siempre que se produzca una situación en la cual dos o más grupos humanos de diversa fuerza numérica, económica, cultural o de otro tipo, se presentan como contrapuestos dentro de una comunidad determinada. El grupo que tiene la menor fuerza numérica, económica, cultural o de otro tipo será, evidentemente, la minoría (p. 60).

Carbonell (2001) como se puede observar, propone un concepto genérico de minorías que a efectos del tema en estudio, se reduce a las minorías culturales entendiendo que en esta categoría se encuentran las étnicas.

En este sentido, importa el concepto que al respecto expone Paolo Comanducci (2000) quien clasifica las minorías en dos: *by force* (por fuerza) y *by will* (por voluntad). En la segunda categoría de minorías, Comanducci (2000) incluye las que interesan al presente escrito expresando que:

Estas minorías culturales son consideradas, y aún más se consideran, minorías *by will*, si su diversidad de la mayoría está determinada por una o más características a las que atribuyen valor, si exigen el respeto a su diferencia, a su especificidad, y no se limitan a pedir simple tutela contra la discriminación. Lo que las minorías *by will* rechazan es la homologación, la asimilación y la

inclusión forzosa en los modelos culturales de la mayoría (o de quien detente el poder) (Comanducci, 2000, pp. 194-195).

Carbonell (2001) a su turno, habla de “minorías ocasionales” (como las políticas) y de “minorías tendencialmente permanentes”. Para el autor:

Las minorías tendencialmente permanentes se definen por una serie de rasgos que normalmente varían poco en el tiempo; se trata sobre todo de una noción sociológica, derivada de la presencia dentro de una comunidad de un grupo social que presenta características distintas de las que tiene la mayoría de los integrantes de esa misma comunidad. Minorías tendencialmente permanentes son aquellas que se distinguen de la mayoría por motivos religiosos, étnicos, culturales, raciales, de género, de tendencia sexual, etcétera. Esos rasgos, aunque no permanezcan inmóviles al paso del tiempo, tampoco suelen variar con demasiada frecuencia (Carbonell, 2001, pp. 61-62).

Por su parte, Daniel O'Donnell (2012) siguiendo una de las Observaciones Generales (No. 23) del Comité de Derechos Humanos (1994) asevera que “el concepto de ‘minorías étnicas, religiosas o lingüísticas’ se refiere a un grupo de personas que comparten una cultura, una religión y/o un idioma” (párrafo 9), es decir que O'Donnell (2012) y el Comité, se limitan a una simple reiteración que no está de más, de la definición del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966. De acuerdo con Francesco Capotorti citado en Zavaleta Villalpando *et al.* (2015) las minorías étnicas son:

Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque solo sea

sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas del 18 de diciembre de 1992.

implicitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma (pp. 84-85).

La Organización de las Naciones Unidas (2010) explica que para identificar cuándo se está en presencia de una minoría étnica, se deben utilizar dos factores: el *objetivo* y el *subjetivo*. El factor objetivo significa que existe una etnia, una religión y un lenguaje y el factor subjetivo, que los miembros de la minoría se identifican como parte de ella.

En resumen, son minorías étnicas el grupo de personas que, dentro de una sociedad, compartiendo características como la etnia, el idioma, la religión, la cultura y la voluntad de conservar su diferencia, se distingue de un grupo de personas cuya cultura es dominante, es decir, compartida por la mayoría de los miembros de una sociedad.

En Estados “multiculturales” (Borrero, 2014) como el colombiano existe este tipo de minorías étnicas o “sujetos específicos” (Jaramillo, 2011) que, por su comportamiento que los distingue de los demás, no pueden ejercer plenamente sus derechos humanos⁷.

Camilo Borrero García (2014) señala que Colombia es un Estado “multicultural” porque hay cuatro grupos de “minorías étnicas diferenciadas”: los pueblos indígenas, las comunidades afrocolombianas, los raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el pueblo ROM o gitano.

En el país, la entidad encargada de certificar el número de habitantes y clasificarlos por sexo, etnia, edad, entre otras peculiaridades es el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane). El Dane (2007) informa que en Colombia pueden encontrarse las minorías étnicas que se citan en la tabla 1.

Tabla 1⁸. Minorías étnicas en Colombia

Minoría étnica	Población	%
Indígenas	1 392 623	3,43
Afrodescendientes y raizales	4 311 757	10,62
Pueblo ROM	4858	0,01
Total	5 709 238	14,06

Fuente: Dane (2007).

Vale destacar que la realidad de las minorías étnicas colombianas –esto es, que necesitan para su “supervivencia” (sentencia T-461/2014)– no es igual para todas, de ahí, que Borrero (2014, p. 17) hable de “minorías étnicas diferenciadas”. Las minorías o pueblo ROM necesitan de la cultura para realizar sus derechos humanos, mientras que los afrocolombianos, raizales y los pueblos indígenas, por añadidura, del territorio que tradicionalmente han ocupado debido a que él forma parte substancial de su cultura, aunque, se diferencian por el modo de poseer y adquirir la propiedad sobre dicho territorio.

C. El surgimiento de los derechos de las minorías étnicas en el discurso de los derechos humanos

Este aparte se ocupará de determinar cómo surgieron los derechos de las minorías étnicas como derechos humanos en el derecho internacional. De acuerdo con la Oficina del Alto

⁷ De ahí, la urgencia de identificar los criterios que permiten categorizar los derechos de las minorías étnicas como derechos humanos vigentes en derecho internacional contemporáneo, de modo que, a partir de estos, se pueda llegar a conclusiones y determinar las consecuencias jurídicas de impedir que estos “sujetos específicos” (Jaramillo, 2011), por sus diferencias, no puedan ejercer sus derechos humanos.

⁸ El Dane (2005) certifica que en el Estado colombiano hay un total de 42 888 592 habitantes, dentro del cual las minorías étnicas (tabla 1) equivalen a 5 709 238 habitantes, es decir, el 14,06 % del 100 % de los habitantes.

Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (s. f.):

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Si bien es cierto que los derechos humanos están *interrelacionados* y que son *interdependientes e indivisibles*, han sido clasificados de diversas maneras por la doctrina. Todas estas ordenaciones siguen indiscutiblemente el criterio “historiográfico” (sentencia T-008/1992) que describe cómo surgieron los derechos humanos en su dimensión individual, social y colectiva, al mismo tiempo, identifica su objetivo principal y los organiza cronológicamente.

Armando Hernández Cruz (2010) y la Corte Constitucional colombiana (sentencia T-008/1992) exponen la tesis de la clasificación de los derechos en *generaciones* propuesta por el jurista checo Karel Vašák, según explica Contreras Nieto (2003), mientras que Ferrari (2000) presenta una que es más precisa, denominada *evolucionista* por Thomas H. Marshall.

En este sentido, se puede hablar de derechos humanos de primera, segunda y tercera generación (sentencia T-197/2014) o, de derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales y derechos a la identidad (Ferrari, 2000). Los primeros corresponden a la tesis de las generaciones de los derechos, los segundos, a la teoría evolucionista que se refiere a cada clase de derecho por su nombre. No obstante, observando bien ambas ordenaciones no presentan mayores contradicciones, más bien coinciden en el contenido y la manera como nacieron las distintas categorías de derechos humanos. Teniendo en cuenta la tesis de las generaciones y la evolucionista, los

derechos humanos aparecieron en el siguiente orden:

1. *De primera generación o derechos civiles y políticos*. Esta generación contiene los derechos que garantizan la libertad personal e ideológica del hombre. Los derechos de primera generación son el resultado del movimiento del constitucionalismo liberal (Naranjo, 2006) y, hoy en día, su contenido puede encontrarse principalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
2. *De segunda generación o derechos sociales*. Estos derechos con los de primera generación, forman parte del contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, pero se distinguen de los derechos civiles y políticos en que protegen al hombre en su dimensión social (Naranjo, 2006).
3. *De tercera generación o derechos a la identidad*. Esta generación de derechos protege a las colectividades humanas (Naranjo, 2006) que, por el estado de “inferioridad” en que se encuentran, necesitan además de los derechos individuales, civiles y políticos, de derechos específicos (Peces-Barba, 1994) para poder realizarse humanamente.

Como se puede apreciar, es en los derechos de tercera generación (o derechos a la identidad) que surgen los derechos de las colectividades como las que se estudian en este documento: las minorías étnicas.

Estos derechos, según sea el grupo de personas que protegen reciben una denominación, así, puede hablarse de un género: “derechos a la identidad” (Ferrari, 2000, p. 340) por cuanto identifican a un grupo o a unos “sujetos específicos” (Jaramillo, 2011) que reúnen las mismas características, que en materia de minorías étnicas recibe el nombre de derechos culturales (De Yturbe, 1998).

El reconocimiento de los derechos de las minorías étnicas en el derecho internacional de los derechos humanos, inicia y se incluye en los derechos de tercera generación por medio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, en el artículo 27⁹ que dispone:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Hoy en día, existe además del artículo 27 en mención un cuerpo de convenios, declaraciones y resoluciones de los órganos internacionales que se refieren a los derechos de las minorías étnicas como derechos humanos. En el siguiente acápite, se señala cuáles son.

⁹ Si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra los derechos humanos de carácter individual que corresponden a la primera generación de derechos y, en él está incluido el artículo 27 en mención, su naturaleza también es colectiva. En relación con la doble naturaleza del artículo 27 ha dicho el Comité de Derechos Humanos (1994):

“Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo. En este sentido, se debe observar que dichas medidas positivas deben respetar las disposiciones del párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 del Pacto, tanto en lo que se refiere al tratamiento de las distintas minorías como en lo relativo al tratamiento entre las personas pertenecientes a ellas y el resto de la población. Sin embargo, en la medida en que estén destinadas a corregir una situación que impide o dificulta el goce de los derechos garantizados por el artículo 27, dichas medidas pueden constituir una diferenciación legítima con arreglo al Pacto, con tal de que estén basadas en criterios razonables y objetivos” (párrafo 6.2).

D. Discusión de una propuesta: el derecho internacional de los derechos humanos de las minorías étnicas

El 10 de diciembre de 1948 fue adoptada por la comunidad internacional (Cerna, 1995) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, un documento normativo internacional de un preámbulo y treinta artículos que institucionaliza los derechos individuales y sociales necesarios para que las personas puedan realizarse dignamente. Sin embargo, su pretensión o “vocación universalista” (sentencia T-008/1992) resultó ser ineficaz a todas luces, incluso hasta nuestros días. ¿Por qué?

El desconocimiento de la realidad del hombre tarde o temprano obliga a las instituciones jurídicas o cambiarse o a modificarse. El error de la política internacional en aquel entonces fue ignorar que el articulado de los derechos humanos debía adaptarse a la realidad de las culturas de nuestro mundo y no simplemente a una o unas culturas en particular.

Por esta circunstancia, la política internacional o la cultura dominante para mayor precisión, debió remediar su error y así como ha sucedido con el liberalismo de frente a las críticas del socialismo (Naranjo, 2006), aunque no cambió ni mucho menos modificó su normatividad y sus instituciones, estableció otras fruto de comparar el concepto de lo que institucionalizaron como derechos humanos, con las distintas realidades culturales del ser humano, las cuales pueden hallarse en los derechos de tercera generación (Naranjo, 2006).

Es así como nace una especie de figura jurídica que partiendo de la opinión consultiva OC-16/1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede denominarse como el derecho internacional de los derechos humanos de las minorías étnicas. ¿Qué es?

Puede definirse como el conjunto de “tratados, convenios, resoluciones y declaraciones” o *corpus iuris* (opinión consultiva OC-16/1999) que permite contextualizar o “conjuguar” (Clavero, 2014) la realidad de las minorías étnicas, con el concepto que se admite de derechos humanos.

Esta contextualización o “conjugación” (Clavero, 2014) es posible como atrás se señaló con la tesis de la especificación de los derechos. Hoy por hoy, el derecho internacional de los derechos humanos de las minorías étnicas está integrado de la siguiente manera:

- El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966.
- El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales del 27 de junio de 1989.
- El artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989.
- La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas del 18 de diciembre de 1992.
- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre de 2007.
- Las resoluciones de los órganos internacionales que interpretan las normas sobre los derechos humanos de las minorías étnicas.

Hoy en día, aunque se conocen otras normas internacionales que se refieren a las minorías étnicas las que contienen sus derechos como derechos humanos, son las que se acaban de anotar.

Conclusiones

En principio, el concepto de derechos humanos aunque reconoció derechos a todos los seres humanos, no lo hizo en todos los contextos en que los mismos pueden realizarse. El resultado de universalizar derechos, pero no contextos

fue excluir a grupos específicos de personas que tenían derechos, que no podían ejercitar. Por consiguiente, la idea de derechos humanos evolucionó institucionalizando los derechos necesarios para que todas las personas puedan ejecutar los derechos humanos, como es el caso de las minorías étnicas.

En el presente, puede decirse que los derechos de las minorías étnicas son derechos humanos, puesto que:

1. Las normas internacionales de derechos humanos institucionalizadas desde 1948, cuyo principal desarrollo inicia en 1966 con los pactos internacionales, demuestran que sean derechos individuales, sociales o colectivos, su inequívoca fundamentación es el hombre sin distinción alguna.
2. Las minorías étnicas ejercen los mismos derechos individuales, sociales y colectivos que los demás seres humanos, pero en contexto cultural totalmente diferente.
3. Los derechos reconocidos como derechos humanos son todos aquellos que los hombres legitiman como tal, dentro de los cuales están los derechos de las minorías étnicas cuyo desarrollo, cada día es más extenso.
4. La finalidad de las normas internacionales de los derechos humanos es que todas las personas se realicen humana y dignamente, en este sentido, cualquier derecho que permite este desarrollo debe calificarse como derecho humano, como los derechos de las minorías étnicas institucionalizados en el derecho internacional de los derechos humanos.
5. Desconocer que los derechos de las minorías étnicas son derechos humanos, afectaría la protección tanto de sus derechos específicos como de sus derechos universales debido a que sin los unos, no se pueden realizar los otros.

Referencias

- Ansuátegui, F. J. (2005). Ordenamiento jurídico. En: J. J. Tamayo (ed.). *10 palabras claves sobre los derechos humanos* (pp. 15-54). Navarra: Verbo Divino.
- Atienza, M. (2011). El derecho como argumentación. En: M. Carbonell, J. J. Orozco Henríquez & R. Vázquez (eds.). *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho* (pp. 1-86). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bartolomei, M. L. (1996). Universalismo y diversidad cultural en América Latina. En: A. A. Cançado Trindade, C. Moyer & C. Zeledón (eds.). *Estudios básicos de derechos humanos VI* (pp. 520-539). San José: Mundo Gráfico.
- Bidart, G. J. (1989). *Teoría general de los derechos humanos*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bobbio, N. (2013). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Boco, R. & Bulanikian, G. (2010). Derechos humanos: universalismo vs. Relativismo cultural. *Alteridades*, 20(40). Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-70172010000200002
- Borrero, C. (2014). *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia. Una dogmática ambivalente*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Calvinho, G. (2013). La procedimentalización posmoderna. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 39, pp. 11-31.
- Carbonell, M. (2001). Minorías etno-culturales y derechos colectivos: premisas conceptuales. En: D. Valdés & R. Gutiérrez Rivas (eds.). *Derechos humanos, memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (pp. 55-70). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cerna, C. M. (1995). La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socioculturales. En: A. A. Cançado Trindade & L. Gonzales Volio (eds.). *Estudios básicos de derechos humanos II* (pp. 377-396). San José: García Hnos.
- Clavero, B. (2014). *El derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Trotta.
- Comanducci, P. (2000). Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado. En: M. Carbonell, J. A. Cruz Parceró & R. Vázquez (eds.). *Derechos sociales y derechos de las minorías* (pp. 185-206). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Comité de Derechos Humanos. (1994). Observación general 23 al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/Observacion%20Gral.%2023%20Art%2027%20PDCP.html>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 93.
- Contreras, M. A. (2003). *10 temas de derechos humanos*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. (1989). Preámbulo.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Preámbulo.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Artículo 30.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-008. M. P. Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein.

- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-461. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-197. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf
- De Asís, R. (2005). Concepto y fundamento de los derechos humanos. En: J. J. Tamayo (ed.). *10 palabras claves sobre los derechos humanos* (pp. 15-54). Navarra: Verbo Divino.
- De Yturbe, C. (1998). *Multiculturalismo y derechos*. Ciudad de México: Instituto Federal Electoral.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (2007). Preámbulo.
- Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas. (1992). Preámbulo.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Preámbulo.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2005). Censo general 2005. Nivel nacional. Disponible en: <http://www.dane.gov.co/censo/files/libroCenso2005nacional.pdf>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2007). Colombia una nación multicultural. Su diversidad étnica. Disponible en: http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf
- Fariñas, M. J. (2005). Universalidad e interculturalidad. En: J. J. Tamayo (ed.). *10 palabras claves sobre los derechos humanos* (pp. 195-231). Navarra: Verbo Divino.
- Ferrari, V. (2000). *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*. Madrid: Dykinson.
- Fuentes, C. (2003). *El racionalismo jurídico*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Giraldo, J., Giraldo, L. M. & Giraldo, L. A. (2002). *Metodología y técnica de la investigación sociojurídica*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- González, A. (2015). *Introducción al derecho*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Hernández, A. (2010). *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Isaza, H. E. (2015). Derechos humanos y sistema interamericano. En: E. A. Velandía (ed.). *Derecho procesal constitucional* (pp. 533-550). Bogotá: Legis.
- Jahanbegloo, R. (2010). Derechos humanos y relativismo cultural. Disponible en: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/dh/dh-der-r.jahanbegloo.html>
- Jaramillo, R. D. (2011). Relativismo cultural vs. derechos humanos: ¿confrontación o tolerancia? Disponible en: <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/almamater/article/viewFile/8582/7937>
- López, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Monroy, M. G. (2013). *La interpretación constitucional*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Monroy, M. G. (2015). *Introducción al derecho*. Bogotá: Temis.
- Naranjo, V. (2006). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.
- Nikken, P. (1994). El concepto de los derechos humanos. En: R. Cerdas Cruz & R. Nieto

- Loaiza (eds.). *Estudios básicos de derechos humanos I* (pp. 15-37). San José: Prometeo.
- O'Donnell, D. (2012). *Derecho internacional de los derechos humanos, normatividad, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Ciudad de México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (s. f.). ¿Qué son los derechos humanos? Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (2010). *Derechos de las minorías: normas internacionales y orientaciones para su aplicación*. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf
- Ottone, E. (1996). Desarrollo y cultura. Una visión crítica de la modernidad en América Latina y el Caribe. En: A. A. Cançado Trindade, C. Moyer & C. Zeledón (eds.). *Estudios básicos de derechos humanos VI* (pp. 520-539). San José: Mundo Gráfico.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Preámbulo y artículo 27.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Preámbulo.
- Peces-Barba, G. (1994). La universalidad de los derechos humanos. *Doxa*, I(15-16), pp. 613-633. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28867.pdf>
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- Villoro, L. (2000). Sobre el relativismo cultural y el universalismo ético. En torno a las ideas de Ernesto Garzón Valdez. En: M. Carbonell, J. A. Cruz Parceró & R. Vázquez (eds.). *Derechos sociales y derechos de las minorías* (pp. 185-206). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Younes, D. (2014). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Legis.
- Zavaleta, I. Y., Río, S., Antillón, S. I., Pérez, L., Ramírez, M. E., Ojeda, O. B., Ramírez, A. D., Rosas, L. F., Mendoza, F. & Torres, A. (2015). *Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de las poblaciones afromexicanas*. Ciudad de México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

DERECHO E INTERNET: INTRODUCCIÓN A UN CAMPO EMERGENTE PARA LA INVESTIGACIÓN Y PRÁCTICA JURÍDICAS*

William Guillermo Jiménez**
Orlando Meneses Quintana***

Fecha de recepción: 12 de mayo de 2016
Fecha de evaluación: 11 de noviembre de 2016
Fecha de aprobación: 21 de marzo de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3040>

Forma de citación: Jiménez, W. G. & Meneses, O. (2017). Derecho e Internet: introducción a un campo emergente para la investigación y práctica jurídicas. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 40, 43-61. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3040>

Resumen

El desarrollo de las TIC e Internet representan un reto para los tradicionales límites del derecho afianzados en la noción de soberanía y la localización espacial de las actividades. Las características del Internet tales como su naturaleza transfronteriza, independencia geográfica, amplia cobertura, anonimato, portabilidad, fácil reproducción, convergencia, conectividad y difícil control, son desafíos para el nuevo derecho. El objetivo es presentar un panorama sobre los aspectos más relevantes que Internet trae para el derecho, así como las áreas o temáticas más críticas o controversiales; mediante un método cualitativo e inductivo, usando fuentes primarias y secundarias y técnicas de revisión documental, estudios de caso y observación directa. Se concluye que es necesario que académicos, jueces y abogados, conozcan más los aspectos tecnológicos de la comunicación virtual, para así entender, manejar y resolver los problemas jurídicos que se presentan en el ambiente de Internet.

Palabras clave:

Derecho de Internet, tecnología y derecho, tecnologías de la información, derecho informático.

* Producto de investigación del proyecto: "Derecho e Internet. Regulación jurídica y jurisdicción en los casos de derecho a la intimidad vs. Derecho, libertad de expresión y seguridad", grupos de investigación "Teoría del Derecho, de la Justicia y de la Política" de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá, Colombia) y "Política, Derecho y Gestión Pública" de la Escuela Superior de Administración Pública (Bogotá, Colombia).

** Abogado y administrador público. Ph.D. en Derecho (Vrije Universiteit Amsterdam, Ámsterdam, Países Bajos), Ph.D. en Ciencia Política (Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España), especialista en Desarrollo Regional, especialista en Derecho Administrativo. Profesor titular Escuela Superior de Administración Pública (Bogotá, Colombia). Abogado independiente. Correo electrónico: willjime@esap.edu.co

*** Sociólogo, magister en Ética y Política (Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia). Vinculado al Centro de Investigaciones de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: orlando.meneses@ugc.edu.co

LAW AND INTERNET: INTRODUCTION TO AN EMERGENT FIELD FOR BOTH LEGAL RESEARCH AND PRACTICE

Summary

The ICT and the Internet development represent a challenge to the traditional law borders, which are strengthened on the notion of sovereignty and the spatial localization of activities. Features of the internet such as its cross-border nature, geographic independence, broad coverage, anonymity, portability, easy reproduction, convergence, connectivity and difficulty to control, are emerging challenges to the new law. The objective is to present a panoramic view over the most relevant aspects brought by the internet to law, as well as the most controversial or critical topics or fields through a qualitative and inductive method, using both primary and secondary sources and techniques for documentary review, case study, and direct observation. It is concluded the need for scholars, judges and attorneys to familiarize themselves with the technological aspects of virtual communication to understand, manage and resolve the legal concerns found within the internet.

Keywords:

Internet Law; technology and law; information technology, computer law.

DIREITO E INTERNET: INTRODUÇÃO A UM CAMPO EMERGENTE PARA A PESQUISA E A PRÁTICA JURÍDICAS

Resumo

O desenvolvimento das TIC's e da Internet representa um desafio para os limites tradicionais do direito já estabelecido na noção de soberania e a localização espacial das atividades. As características da Internet, tais como a sua natureza transfronteiriça, independência geográfica, sua extensa cobertura, seu anonimato, sua portabilidade, fácil reprodução, convergência, conectividade e difícil controle, são desafios para o novo direito. O objetivo é apresentar uma visão geral sobre os aspectos mais importantes que a Internet traz para o direito, bem como as áreas ou temáticas mais críticas ou controversas; através de um método qualitativo e indutivo, usando fontes primárias e secundárias e técnicas de análise documental, estudos de caso e observação direta. Conclui-se que é necessário que acadêmicos, juízes e advogados, conheçam mais os aspectos tecnológicos da comunicação virtual, a fim de compreender, lidar e resolver os problemas jurídicos que possam surgir no ambiente da Internet.

Palavras-chave:

Direito da Internet; tecnologia e direito; tecnologias da informação, direito informático.

Introducción: la Internet y las tecnologías de la información y la comunicación

El aparecimiento y desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) están

transformado dramáticamente los procesos productivos y laborales, la manera de hacer negocios, los trámites y servicios públicos, los métodos de enseñanza-aprendizaje, los hábitos de diversión y entretenimiento y en fin, las diversas formas de interacción humana. Lo anterior representa

todo un desafío para las diferentes áreas del conocimiento y el desempeño profesional, en las cuales el derecho no es la excepción.

Las TIC son un rasgo distintivo de la actual sociedad del conocimiento y de la información, y una herramienta poderosa en el proceso de globalización. Se puede decir que las TIC están integradas por un conjunto de conceptos, soportes, canales, programas y dispositivos que almacenan, procesan, recuperan y transmiten información de forma veloz y de variadas maneras. Se pueden definir como: “el conjunto de procesos y productos derivados de las nuevas herramientas (*hardware* y *software*), soportes de la información y canales de comunicación relacionados con el almacenamiento, el procesamiento y la transmisión digital de la información” (Guerra, 2012, p. 13).

Las TIC se pueden clasificar según variados criterios, aquí se escogen cuatro: redes, terminales, aplicativos/*software* y servicios. En cuanto a redes, se citan las más importantes: telefonía fija, banda ancha e Internet, telefonía móvil (celular), redes de televisión, redes en el hogar (Wi-Fi)¹, intranet, redes LAN/WAN² y por supuesto, las redes sociales (Facebook, YouTube, Twitter, Instagram, LinkedIn, MySpace, etc.).

Respecto de los terminales o puntos de acceso a la información están conformados por una gran variedad de dispositivos como los servidores, las computadoras personales (PC), los computadores portátiles (*laptop*), las tabletas, los teléfonos celulares (de amplia variedad, incluyendo los *smartpho-*

nes), el telefax, las impresoras y escáneres, los televisores (LCD, plasma, led), los reproductores portátiles de audio y video (MP₃, MP₄), las cámaras y videocámaras digitales, los discos compactos, las consolas de juego y memorias USB y discos duros portátiles, entre otros tantos.

En lo que atañe al *software*, se encuentran los exploradores o navegadores de Internet (Firefox, Chrome, Internet Explorer, Safari), los sistemas operativos para computadores con todos sus aplicativos y programas (Linux, Mac, Windows), los sistemas operativos para teléfonos celulares (Android, iOS) y todo tipo de aplicativos como el popular WhatsApp, Skype o Tango.

Entre los servicios que ofrecen las TIC se pueden citar el correo electrónico, los motores de búsqueda de información (*research engines*) tanto buscadores como metabuscadores (Google, Yahoo, Bing, Altavista, AlltheWeb, etc.); las *web pages* que permiten servicios en línea tales como la banca *online*, el comercio electrónico, el gobierno electrónico (pago de impuestos, servicios públicos, realización de trámites y descarga de certificados, entre otros) y toda una suerte de servicios como las páginas de Amazon o eBay; las empresas proveedoras de Internet o ISP por sus siglas en inglés (*Internet service provider*) entre las que podemos mencionar a Claro, Telefónica o ETB (para el caso colombiano), el *e-learning* (educación virtual), los videojuegos, los blogs y servicios *peer to peer* (P2P), el almacenamiento y recuperación de datos en la nube (*e-cloud*), entre otros.

El presente trabajo se enfocará en el estudio de Internet y su relación con el derecho, aunque si bien la mayoría de las TIC transmiten información utilizando de alguna manera la plataforma de la gran red de computadores y servidores que conocemos con el nombre de Internet³.

El problema de investigación del proyecto de investigación al que contribuye este artículo es

¹ Iniciales de la expresión *wireless fidelity* (fidelidad inalámbrica).

² LAN (*local area network*) es una red corporativa instalada en una misma oficina, edificio o sedes de la empresa, que facilita intercambiar información y compartir recursos desde los diferentes puestos de trabajo; por ejemplo, cuando recibo un correo interno o cuando envío una impresión desde mi computador a una impresora compartida. WAN (*wide area network*) es una red que interconecta varias LAN mediante encaminadores o *routers*, pudiendo cubrir ciudades, regiones, países e incluso continentes.

³ La expresión Internet proviene de las palabras *inter-connected networks* (redes interconectadas), por ello lo más adecuado sería referirse a “la Internet”, como una red que es.

el siguiente: ¿cómo se está resolviendo el aparente conflicto entre los derechos a la intimidad, a la libre expresión y los requerimientos de la seguridad en casos generados en Internet? Se advierte que este documento es la parte introductoria de un estudio más amplio, por lo que aquí no se desarrollan los contenidos que se asocian con los mencionados derechos a la intimidad, la libre expresión y el tema de la seguridad; por ello, el objetivo del artículo es presentar un material para los abogados y juristas que deseen iniciarse en los estudios sobre Internet y derecho o de forma más amplia, sobre las TIC y el derecho.

En este sentido, se exponen los aspectos más destacados del entorno tecnológico que permiten la comunicación por este medio, así como sus características y temáticas más relevantes para la disciplina jurídica. Se emplea un método cualitativo e inductivo, usando fuentes primarias y secundarias y técnicas de revisión documental, estudios de casos y observación directa.

El documento se divide en tres partes además de la introducción. En la primera se abordan aspectos fundamentales para aproximar a los abogados al conocimiento de Internet y su ambiente tecnológico; para ello se presenta el origen, evolución, componentes y administración de Internet. En la segunda se hace un intento por unir el Internet con las preocupaciones jurídicas para de este modo, poder hablar del “derecho de Internet”, su definición, características y consecuencias jurídicas, ilustradas con algunos ejemplos de casos colombianos; seguidamente se revisan las temáticas más recurrentes en las disputas generadas en la red como medio de comunicación generalizado y finalmente, se hace una breve reseña sobre la evolución normativa y jurisprudencial en Colombia. En la tercera se dan las conclusiones.

A. Aspectos básicos sobre Internet

I. Origen y desarrollo de Internet, la *www* y el correo electrónico

La Internet aparece en la década de los sesenta en Estados Unidos. Se atribuye a J.C.R. Lic-

klider, jefe del programa de investigación en Advanced Research Projects Agency en agosto de 1962, la idea de crear una “red galáctica” de computadoras conectadas recíprocamente. En 1965 los ingenieros L. Roberts y T. Merrill conectaron mediante una línea telefónica, el computador Q-32 ubicado en California, con el computador TX-2 situado en Massachusetts (Consejo de Estado, 2001)⁴.

En 1969 se crea la red ARPANET inicialmente buscando objetivos militares y con protocolos de transferencia problemáticos y lentos, pero va apareciendo la conmutación de paquetes o grupos de información que tienen dos elementos: (i) la información enviada y (ii) la información de control, que indica la ruta a seguir hasta el destino. Los datos son divididos en listas de ceros y unos, lo cual origina el esquema binario de los bits que potenciará la transmisión de datos⁵.

Paralelamente se dio origen al correo electrónico, en la actualidad uno de los servicios más populares de Internet; para algunos como Peter (s. f.), el correo electrónico se desarrolló antes que ARPANET, pues fue en 1965 cuando se usó el primer sistema de correo electrónico llamado *mailbox* en el Massachusetts Institute of Technology. Antes que Internet se desarrollara, los correos electrónicos solo podían ser enviados por usuarios de un mismo computador (usualmente alrededor de cien personas), conectados desde sus escritorios mediante *dumb terminals* (terminales mudos), los cuales no tenían capacidad de almacenamiento ni memoria.

⁴ Esta decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un importante precedente sobre Internet, los dominios y el carácter público del dominio “.co”.

⁵ Bit es el acrónimo de *binary digit*; el bit es el dígito binario que puede representar el valor de 0 o 1 y se ha convertido en la unidad básica de la informática. Ocho bits forman un *byte*, y en el sistema binario 1024 *bytes* constituyen el *kilobyte*, 1024 *kilobytes* forman un *megabyte*, 1024 *megabytes* son un *gigabyte*, 1024 *gigabytes* componen un *terabyte*, luego siguen el *petabyte*, el *exabyte*, etc. Sin embargo, en el sistema decimal las cosas cambian: 1000 *bytes* son un *kilobyte*, 1000 *kilobytes* son un *megabyte* y así sucesivamente.

La evolución de Internet permitió la comunicación entre computadores, pero la transmisión del correo se volvió más compleja, pues se necesitaba enviarlo a una dirección determinada y colocarlo en un buzón. Por ello, en 1971 Ray Tomlinson, introdujo el símbolo arroba “@” del teclado para separar al usuario del servidor donde se ubica el buzón de correo (*name-of-the-user@name-of-the-computer*). El símbolo @ en inglés significa *at* y en español “en”; entonces, una dirección como gjimen00@gmail.com, significa el usuario (gjimen00) “en” Gmail, esto es, el servidor donde los mensajes permanecen temporalmente mientras se envían al destinatario o son consultados (Tecnocosas, s. f.). El problema estaba resuelto.

Continuando con la evolución de Internet, hacia 1973 aparecen los protocolos TCP (*transmission control protocol*) que facilitan enormemente el flujo de información al garantizar la entrega de datos en su destino o puerto. Otro gran avance en Internet fue la creación de un protocolo propio o IP (*Internet protocol*) que básicamente sirve para ubicar la dirección a la cual se va a enviar la información; estos IP están compuestos de una serie de números en cuatro grupos con dos o tres dígitos cada uno (en realidad son 32 números bit), lo que dificulta su identificación y memorización rápida por parte de los usuarios (por ejemplo, 123.49.12.412); de esta manera surgió la necesidad de identificar las direcciones IP, y así emergieron los dominios de Internet, que indican la dirección de un sitio en el ciberespacio, utilizando nombres en lugar de números. Todo nodo de Internet, ya sean servidores, *routers* o PC, tiene asignado un IP y por ello su dirección puede ser reconocida dentro del sistema (ver más adelante: dominios y URL).

Hoy por hoy, Internet ofrece variados servicios tales como: correo electrónico, chats, bases de datos, *www* (*world wide web*) y transmisión de imágenes, música y video. Para algunos, los más importantes servicios de Internet son el correo electrónico y la *www*, debido a que son los más populares (Svantesson, 2007).

El correo electrónico, como ya se indicó, fue una de las primeras aplicaciones de Internet y hoy admite no solo enviar mensajes sino adjuntar todo tipo de archivos con sonido e imágenes. En la actualidad es normal que una persona del común posea varias cuentas personales de correo electrónico, debido a la gratuidad y utilidad de las mismas, también es muy probable que tenga un correo electrónico institucional, esto es, aquel ofrecido por la empresa donde trabaje. Si bien el correo electrónico se ha popularizado, su uso puede ir en declive debido a la aparición de otras formas más ágiles de envío de información, tales como WhatsApp o Skype.

La *www* (también conocida como W3 o “la web”) ha tenido un gran éxito hasta el punto que muchos la confunden con Internet; está compuesta por un conjunto de protocolos que permiten al usuario, de forma sencilla, la búsqueda de todo tipo de archivos de hipertexto (Guerra, 2012). La inventó R. Carillau y T. Berners-Lee en el Laboratorio Europeo de Física de Partículas Elementales en Suiza a comienzos de los años noventa y su rasgo principal es que todos los recursos y aplicaciones de la *www* usan formato HTTP (*hypertext transfer protocol*) (Svantesson, 2007).

II. Administración de Internet

Debido al crecimiento de la red, se crearon dominios genéricos o de primer nivel, sobre los cuales empezaron a registrarse los nombres. Los dominios se componen de una raíz y una extensión; la primera identifica al usuario y la segunda al ámbito de actividad o el país en el cual se registra la raíz; por ejemplo, en la dirección *www.tumoto.com*, la raíz es “tumoto” y la extensión es “.com”, que en este caso es de primer nivel o TLD (*top level domain*), pues puede haber extensiones de segundo nivel de dominio como sería el caso de *www.tumoto.com.co*, en el cual “.co” sería dominio de segundo nivel (aunque pueda ser de primer nivel, en el caso que siga inmediatamente a la raíz). Así las cosas, existen dominios genéricos o de cobertura global; los más frecuentes usan las siguientes extensiones:

.com (comercial o de negocios), .org (organizaciones, por lo corriente sin ánimo de lucro), .net (comunicaciones), .edu (instituciones educativas como las universidades), .gov (gubernamental u oficial), .int (organizaciones internacionales), .mil (organizaciones militares), .jobs (organizaciones del trabajo) y .travel (organizaciones de viajes).

De igual modo, los dominios de país utilizan dos letras para identificarlos; estas terminaciones se tomaron de la norma ISO 3166 de 1974 sobre orígenes y destinos del transporte internacional (Consejo de Estado, 2001). Entre ellos tenemos, por ejemplo: .co (Colombia), .nl (Países Bajos), .ar (Argentina), .mx (México), .es (España), etc. Los dominios son importantes porque indican la dirección o lugar tanto de origen como de destino de la información de las páginas de Internet; esto en materia de establecer la jurisdicción o competencia de los jueces y autoridades puede ser crucial, como se verá más adelante.

Un concepto relevante es la URL (*uniform resource locator*) o localizador uniforme de recursos, que es la dirección global de documentos y otro tipo de recursos en la W3, en otras palabras, es el modo estándar de identificar una dirección de un sitio en Internet. La primera parte de la URL identifica el protocolo usado para obtener el recurso solicitado y puede ser `http://` para páginas web o `ftp://` para descarga de archivos; la segunda parte de la URL señala el dominio de primer nivel, de segundo nivel y la ruta completa si la información se encuentra en un subdirectorío, según el caso. Ejemplos de URL son: `http://www.internetjurisdiction.net/observatory/`, o `ftp://ftp.descargas.com`.

Paralelo al crecimiento de Internet y la asignación de los dominios y direcciones, aparecieron organismos encargados de su administración. En principio fue la Internet Assigned Numbers Authority con una alta intervención del gobierno de Estados Unidos. En 1998 se transformó en la ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), una organización sin fines de lucro y de utilidad pública que coordina de manera global los identificadores de Internet

para su funcionamiento estable y seguro; su sede está en California en el Instituto de Ciencias de la Información de la Universidad del Sur de California.

ICANN puede delegar en cada país o región la administración de los dominios, como sucedió inicialmente en Colombia cuando la Universidad de los Andes tenía tal servicio antes que el Estado colombiano tomara cartas en el asunto mediante el concepto del Consejo de Estado en 2001 que permitió la intervención del Ministerio de las Comunicaciones de ese entonces (Consejo de Estado, 2001). ICANN está administrada por una junta directiva de catorce miembros (seis representantes de secciones específicas y ocho representantes de interés general para dar cabida a las diferentes circunscripciones regionales en el ámbito mundial), y un director ejecutivo que nombra la junta.

Otro aspecto importante para entender Internet es el sistema de acceso a la red, en el que puede desempeñar un papel significativo el tema del control sobre la circulación de información. Por lo general la disposición del servicio concibe un sistema de cuatro niveles o escalones (*four-tier system*); el usuario normal o persona común y corriente que desde su casa u oficina accede a Internet está en el cuarto nivel; el proveedor del servicio de Internet (ISP) es el tercer escalón, pues facilita al usuario el acceso a la red (por ejemplo, Claro, ETB o Movistar); la segunda grada es el proveedor de acceso a Internet (*Internet access provider*, IAP) que son los dueños físicos de la red, cuentan con el equipamiento y las líneas de telecomunicaciones para el acceso, por ello son compañías que alquilan sus servicios de acceso a los proveedores de servicios y en ciertos casos actúan como ISP (por ejemplo, AT&T WorldNet, IBM Global Network, MCI, Netcom, UUNet y PSINet). Finalmente, en la primera grada está el portal del gobierno que permite a los IAP conectarse y de esta forma acceder a la red global. Algunos países contemplan en su legislación, la aplicación estricta del sistema controlado por el Estado (por ejemplo China o Cuba), pero la mayoría no puede ejercer un control de frontera

efectivo debido a que el flujo de comunicación por Internet pasa a través de una multitud de proveedores públicos y privados, sin mayores restricciones legales (Svantesson, 2007).

En todo caso, el asunto del manejo y administración de Internet desborda los intereses meramente corporativos, implicando los intereses de todas las poblaciones y Estados. Hoy existen otros organismos y foros como la Unión Internacional de Telecomunicaciones y el Internet Governance Forum, este último con participación multisectorial sobre los problemas de Internet en el mundo globalizado.

En el tema específico del derecho, vale mencionar al proyecto europeo Internet & Jurisdiction Project, preocupado por conciliar la naturaleza transfronteriza de Internet con los sistemas judiciales de carácter nacional; este se financia de donaciones de organismos públicos, privados y ONG. El observatorio de Internet & Jurisdiction Project creó una colección de casos judiciales desde 2012 alrededor del mundo (aproximadamente relata veinte casos cada mes), que relaciona tópicos como la adopción de nueva legislación, proyectos de ley, bloqueo de contenidos ofensivos, multas por violación de leyes locales, ley aplicable y jurisdicción, y casos judiciales, entre otros⁶.

B. Derecho e Internet: cuestiones fundamentales

Como se indicó, el aumento de todo tipo de transacciones en Internet ha generado polémicas en cuanto a su regulación y control gubernamental, así como no pocos conflictos jurídicos en los estrados judiciales. De esta manera, ha aparecido un nuevo campo en los estudios y práctica jurídica denominado derecho de Internet, derecho del ciberespacio, derecho informático o derecho de las tecnologías de la información; sin embargo, autores reconocidos prefieren referirse a “derecho de Internet” (*Internet law*) antes que a derecho del ciberespacio (*cyberspace law*) o

derecho de las tecnologías de la información (*information technology law*), debido a su especificidad y definido ámbito de aplicación (Svantesson, 2007). Incluso, el profesor Arno Lodder de la Universidad Libre de Ámsterdam, estableció los “Diez Mandamientos” del derecho de Internet, para los abogados que se ocupan de estos asuntos (Lodder, 2013).

Si bien en español ha sido acogido con alguna fortuna el término “derecho informático”, entendido como “el conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la interrelación de sujetos en el ámbito de la informática y sus derivaciones, especialmente en el área denominada ‘tecnología de la información’” (Tato, s. f., p. 1), dicho concepto, a nuestro entender desborda el específico campo de la Internet para ocuparse en general, de la informática y las TIC y por otro lado, parece centrar su atención en los aspectos de la regulación normativa, descuidando otros temas del derecho como la judicialización y resolución de conflictos en los ambientes virtuales, aunque de forma indirecta, la cuestión de la regulación conduce a la de la jurisdicción e imposición de medidas.

Podemos definir el derecho de Internet como aquel campo del derecho que focaliza su atención en la regulación, jurisdicción, juzgamiento, control e imposición de medidas tendientes a garantizar los derechos y cumplir las obligaciones originadas en las transacciones, usos e intercambios de información que utilizan como medio la red global interconectada de computadoras. Se trata de un campo en donde interactúan tanto el conocimiento del derecho como la lógica de la tecnología de Internet y que necesariamente implica las tradicionales ramas de derecho como el civil, el penal, el laboral, el administrativo, el comercial, el internacional y el constitucional. De este modo, las aproximaciones sobre derecho e Internet pueden resumirse en los siguientes dos puntos:

First, the classic legal approach is to start with the legal norm, and see whether internet phenomena are covered by existing norms

⁶ Ver por ejemplo, <https://www.internetjurisdiction.net/>

[...] Second, the internet can be taken as starting point, so to think about possible norms without considering the existing normative framework. This approach can lead to new, refreshing insights (Lodder, 2013, p. 264).

Para entender de manera propedéutica este nuevo campo, es necesario primero determinar las características de Internet para luego pasar a los tópicos o temáticas más relevantes para el derecho, que se presentan dentro de la red.

1. Características de la comunicación por Internet y consecuencias

Estas características, relacionadas con el derecho, se tornan en dificultades ya sea para fijar la ley aplicable a un caso, el establecimiento de la jurisdicción o juez de conocimiento, la coalición de jurisdicciones nacionales y de soberanía, problemas para el cumplimiento de una orden o sentencia, la instauración de la responsabilidad y la valoración del material probatorio, entre otras tantas. Ahora bien, las características de Internet varían según sus diferentes servicios. Por ejemplo, la cualidad *one to everyone* aplica perfectamente para la *www*, pero de manera restringida para el correo electrónico, el chat y ciertas redes sociales, en las que la comunicación sigue los estándares de la comunicación *one to one*; con lo cual, hay que tener cuidado a la hora de determinar las consecuencias. Entre las más importantes características de Internet, vale la pena mencionar las siguientes:

1. Carácter transfronterizo (crossborder o borderless)

Significa que las comunicaciones y la información que circula por Internet penetran fácilmente las fronteras territoriales. Lo anterior quiere decir que la información fluye libremente entre los países sin que haya controles de aduana como acontece con otras formas de comunicación. Este es el rasgo general, no obstante, ciertos países pueden imponer algún tipo de restricciones fronterizas a la libre circulación de la

información dentro de su espacio aéreo o espectro electromagnético⁷. Se trata de países en los cuales el papel del Estado es preponderante y por ello, los derechos a la libertad de información y de opinión están limitados, en palabras de Maquiavelo, por “razones de Estado” (1993, p. 73).

Esta cualidad se refiere al amplio espectro de cubrimiento de la red, lo que la hace transfronteriza o transjurisdiccional; baste por ahora citar un ejemplo ilustrativo en Colombia:

Con ocasión de una acción de tutela en 2004, se solicitó al juez el amparo del derecho a la intimidad por una persona que estaba recibiendo mensajes con publicidad no deseada en su correo electrónico, pues pese a las solicitudes reiteradas, el emisor de los mensajes continuaba enviando esta información. El tema controversial fue que la acción de tutela se presentó ante un juez que en principio no tenía competencia puesto que su despacho estaba ubicado en el municipio de Rovira (Tolima), mientras que tanto el emisor como el receptor de los mensajes tenían domicilio en Bogotá y era allí donde el juez tenía jurisdicción.

No obstante, el juez de Rovira consideró que debido al carácter amplio de Internet, los mensajes podrían ser enviados y leídos en cualquier parte del país, de suerte que el correo electrónico del tutelante sería su domicilio virtual y de este modo, esto le otorgaba jurisdicción para conocer y decidir el caso, como en efecto ocurrió⁸.

2. Independencia geográfica

Estrechamente relacionada con la anterior característica, implica al menos tres cosas: (i)

⁷ El espectro electromagnético se refiere al campo donde se mueven todas las longitudes de onda de las radiaciones electromagnéticas posibles y que permiten las comunicaciones; en Colombia, dicho espectro electromagnético es parte integral del territorio según el artículo 101 de la Constitución Política.

⁸ Una crítica a esta decisión se encuentra en Manrique (2011).

para quien ofrece información, significa la facilidad para que la comunicación por Internet esté disponible a mucha gente a través de las fronteras; (ii) para quienes buscan información, la ubicación geográfica de la información es virtualmente irrelevante: “it could be said to be possible to effortlessly move over great geographical distances, and between different states” (Svantesson, 2007, p. 32); y (iii) el costo de la comunicación es relativamente independiente de la distancia, en cambio el servicio postal o el teléfono incrementan con la distancia.

Un ejemplo lo constituye la reglamentación establecida en la ley 1564/2012 o Código General del Proceso (CGP) sobre la prueba de normas jurídicas. Ha sido tradición que las normas de carácter nacional no requieran probarse y por ello, no es menester incorporar copia de las mismas al proceso; pero las normas no nacionales y las leyes extranjeras deben aducir copia al proceso. Este último requisito no será necesario si la norma se encuentra publicada en la página web de la entidad respectiva, así señala el CGP:

Artículo 177. Prueba de las normas jurídicas. El texto de normas jurídicas que no tenga alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, por el cónsul de ese país en Colombia o solicitarse al cónsul colombiano en ese país.

También podrá adjuntarse dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

Cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante

dictamen pericial en los términos del inciso precedente.

Estas reglas se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas. *Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente* (énfasis fuera del original).

Esta excepción se basa en el conocimiento público de amplio espectro que generan las páginas de Internet de los municipios, distritos y departamentos.

3. La comunicación es virtualmente instantánea

Diferente a otras formas de comunicación en las cuales a mayor distancia mayor tiempo, aquí la diferencia temporal entre consultar una URL ubicada en la misma ciudad y consultar otra localizada al otro lado del mundo, es casi irrelevante.

4. Amplio o popular uso

Internet invadió nuestras vidas. Además de las características mencionadas, el éxito de este tipo de comunicación descansa en los siguientes aspectos adicionales: (i) bajo nivel de requerimientos técnicos y económicos al usuario; es decir, que es accesible a una persona promedio, sin un nivel de educación específico o altas barreras económicas; y (ii) limitada dependencia del idioma, Internet ha facilitado la comunicación entre diferentes idiomas haciendo posible la comunicación global, gracias a la disposición de herramientas de traducción en línea de manera fácil, rápida y oportuna.

5. Portabilidad

Aunque esta característica es compartida por otras formas de comunicación como el correo postal o el teléfono, en el caso de Internet es más extrema. La portabilidad es un término de la

informática con dos significados: (i) la capacidad de un programa o sistema para ejecutarse en diferentes plataformas o arquitecturas, con mínimas modificaciones, y (ii) la facilidad con que se puede transportar un dispositivo electrónico como una computadora o una consola (Alegsa, s. f.); de aquí el término *computador portátil*. La portabilidad numérica, por su parte, hace referencia a la posibilidad de trasladar el mismo número telefónico de una compañía a otra.

En la comunicación de Internet, significa la cantidad de páginas web, servidores, computadores y dispositivos disponibles en cualquier lugar, que pueden así mismo, acceder a la misma página o información de forma simultánea e independiente: “Related to this point is that although there is always one particular place where people access the internet, this place can be anywhere” (Jiménez y Lodder, 2015, p. 268). Esto hace posible que una misma página pueda ser consultada por distintos servidores ubicados en diferentes partes del planeta o que una página de Internet tenga sus textos almacenados en un servidor ubicado en Bogotá, mientras que sus fotografías están en un servidor situado en Ciudad de México.

Además de lo precedente, no es necesario llevar o portar el propio computador para ingresar a la red: podemos acceder a Internet desde cualquier terminal, sin importar el lugar del mundo, lo importante es que esté conectado. Cuando accedemos a nuestra cuenta de correo electrónico, por ejemplo, desde diferentes equipos y desde diferentes ciudades, estamos ante la presencia de la portabilidad, pues solo precisamos de introducir el nombre del usuario y la clave para consultar o enviar mensajes. Entonces, para el usuario de Internet, la ubicación geográfica del servidor que le lleva la información, es intrascendente.

La portabilidad es una de las particularidades más relevantes en cuanto a determinar el lugar de los hechos o la ubicación de las partes dentro de un contrato o pleito judicial, como lo ilustra el siguiente caso.

En el año 2010, cinco personas mediante una transacción en línea fraudulenta originada en Barranquilla, sustrajeron dinero de la cuenta bancaria del Centro Comercial Campanario en Popayán (Jiménez, 2015). La denuncia se presentó ante el Tribunal Superior de Barranquilla por ser el competente de acuerdo con el lugar donde los actos ilícitos se cometieron; la conducta se tipificó como “hurto por medios informáticos y semejantes”. Pese a ello, el tribunal no asumió la competencia y envió el proceso al Tribunal de Distrito de Popayán, donde el titular de la cuenta bancaria tenía su domicilio. Este tribunal, a su vez, remitió el caso a la Corte Suprema de Justicia para que determinara la competencia. En este caso, la Corte Suprema de Justicia (2010b), sostuvo lo siguiente:

[...] la afectación del bien jurídico del patrimonio económico particular, ciertamente se produjo en la ciudad de Popayán, toda vez que fue allí donde se realizó el despojo del dinero objeto del apoderamiento ilícito, *sin importar desde dónde se haya originado la maniobra que transfirió el dinero y cuál su destino final* (énfasis fuera del original).

Debido a la portabilidad de Internet, el acento se pone en el lugar donde el daño o lesión tuvo lugar, no donde los comportamientos ilícitos se realizaron y esto genera un cambio de apreciación para establecer el juez competente.

6. Dificil control

Significa que debido a la naturaleza descentralizada de Internet, su control central se hace muy difícil; pese a ello, existen ciertos niveles de control como el que realiza el gobierno sobre los IAP dentro de un país respectivo, o el que ejecutan los ISP sobre sus suscriptores. El punto aquí es la carencia de un control centralizado mundial, lo que limita la capacidad de hacer cumplir ciertas decisiones y reglamentos. Como ejemplo, de las dificultades para el control, se presenta el siguiente caso a propósito de la protección de datos personales en las redes sociales.

En noviembre de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia decidió que no tenía jurisdicción sobre el manejo de la información personal almacenada en Facebook, porque dicha compañía no tenía su domicilio en Colombia. No obstante, frente a las críticas a esta postura por desconocer los alcances de la ley 1581/2012 sobre el Sistema de Protección de Datos Personales (Remolina, 2015), y al análisis posterior que efectuó la propia Superintendencia, en marzo de 2016 cambió su posición al respecto, al establecer que sí tiene facultad para garantizar el tratamiento de datos personales de los colombianos que compartan información personal en las llamadas redes sociales de Internet; se rescata lo siguiente:

De todo lo hasta aquí anotado, es dable concluir que:

(i) *en las plataformas de comunicación en línea, tales como Facebook, Instagram o LinkedIn, efectivamente se realiza tratamiento de datos personales, verbigracia, contactos, fotografías, o vídeos, mediante la creación de un perfil personalizado, alojamiento, conservación, publicación, circulación y supresión de información personal, la utilización de los datos con fines de comercialización, la localización de información de una persona y el acceso al perfil público o privado.*

(ii) *el proveedor de servicios de redes sociales es responsable del tratamiento de datos en las plataformas de comunicación en línea, en lo que respecta al derecho de Hábeas Data.*

[...] Por lo anterior, repara esta Entidad en que no puede ser otra la interpretación que del mismo artículo 2 de la mencionada ley se realice, dado que, tal y como lo expuso la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad del ámbito de aplicación de la ley estatutaria de protección de datos personales, nos encontramos “[e]n un mundo globalizado en el que el flujo transfronterizo de datos es constante, *la aplicación extraterritorial*

de los estándares de protección es indispensable para garantizar la protección adecuada de los datos personales de los residentes en Colombia, pues muchos de los tratamientos, en virtud de las nuevas tecnologías, ocurren precisamente fuera de las fronteras. Por tanto, para la Sala se trata de una medida imperiosa para garantizar el derecho al habeas data (Superintendencia de Industria y Comercio, 2016; énfasis fuera del original).

7. Convergencia y conectividad con otras formas de redes

La estructura o ingeniería de Internet permite que otros medios de comunicación se ofrezcan a través de su red como la televisión, la radio, la prensa o la telefonía. Esto se debe al sistema de protocolos que rigen Internet, los cuales son abiertos y flexibles por lo que cualquier forma de red puede ser conectada y compartir sus datos e información. Este rasgo es el que menos ofrece problemas con asuntos de orden jurídico, en principio (Svantesson, 2007).

El caso de un periódico que aparece en versión en línea, es un ejemplo ilustrativo. Se trata de una acción de tutela accionada por una persona que apareció nombrada en una noticia titulada “Empresa de trata de blancas” publicada el 29 de agosto de 2000 en la página web de la Casa Editorial El Tiempo. Según la accionante, fue vinculada a una investigación penal en ese momento, pero luego, en 2008 se profirió la prescripción de la acción penal en su favor; posteriormente, en diciembre de 2013 solicitó a la casa editorial que eliminara la noticia sin obtener respuesta favorable. De este modo, interpuso acción de tutela para que se le ampararan los derechos al buen nombre, la intimidad, a la petición, el debido proceso y el derecho al trabajo; solicitó que la Casa Editorial El Tiempo bajara y borrara los contenidos de la noticia de todos los buscadores, en especial de Google, cuando se utilizara su nombre como descriptor de búsqueda. La Corte Constitucional (2015) al analizar el caso en revisión, declaró:

Adicionalmente, ha de considerarse una circunstancia que particulariza la situación de la accionante, consistente en que la información suministrada por el medio de comunicación, que resultaría lesiva de sus derechos fundamentales, *se encuentra disponible de forma permanente al estar publicada en internet*. La constante accesibilidad de la noticia hace que el deber de actualización a cargo de su autor se vuelva particularmente sensible, pues haber sido objeto de una publicación noticiosa cuya disponibilidad para terceros ha decaído con el paso del tiempo no entraña las mismas consecuencias desde una perspectiva de derechos fundamentales que el estar sujeto de forma ininterrumpida al escrutinio público *debido a que dicha información puede ser conocida por todos en cualquier momento, pese a que no aparece completa porque informa parte de los hechos pero no su desenlace* (énfasis fuera del original).

Como resultado, la Corte ordenó a la Casa Editorial El Tiempo: (i) actualizar la información publicada en su página web, para que se informara que dicha persona no fue vencida en juicio; y (ii) neutralizar por medio de la herramienta técnica *robots.txt*, *metatags* u otra similar, la posibilidad de libre acceso a la noticia “Empresa de trata de blancas” con la simple digitación del nombre de la tutelada en los buscadores de Internet.

8. Infinito número de destinatarios

Diferente a la comunicación *one to one* del teléfono, el fax o aún del correo electrónico, este es *one to many*; es decir, el envío de la información puede llegar a múltiples y desconocidos destinatarios. Ahora bien, esta peculiaridad es compartida por otras formas de comunicación como la televisión o la radio, pero la combinación de esta cualidad con otras ya mencionadas como la portabilidad e independencia geográfica, hace más difícil su control como se expresó arriba (Svantesson, 2007).

9. Anonimato

La comunicación por Internet facilita el intercambio de información entre personas cuyos detalles particulares o individualización es difícil de establecer; además, muchos usuarios utilizan alias o nombres no reales, ocultan su información básica o simplemente suplantando a otros; por eso muchas veces es casi imposible determinar el nexo de una persona en particular con la información que ha sido alojada en Internet. Para efectos judiciales esto es crucial pues: “If you want to link a particular action to jurisdiction you need to know who is behind it” (Jiménez y Lodder, 2015, p. 269).

El caso de Jerónimo A. Uribe en 2010, hijo del entonces presidente de la República, ilustra las características *crossborder*, de independencia geográfica y de anonimato de Internet. En el caso, se presentó una denuncia por la configuración del tipo penal “instigación a delinquir agravado”, debido a que en Facebook apareció un grupo llamado: “Me comprometo a matar a Jerónimo Alberto Uribe, hijo de Álvaro Uribe”. La policía encontró y capturó a una persona que presuntamente había creado el grupo, desde el municipio de Chía. La imputación y acusación fueron puestas por el fiscal en el Tribunal Superior de Bogotá, por lo que la defensa cuestionó la jurisdicción de dicho tribunal y sostuvo que como la conducta fue originada en Chía correspondía su conocimiento al Tribunal de Cundinamarca, donde se encuentra Chía (Jiménez, 2015). El asunto se elevó ante la Corte Suprema de Justicia (2010a) para definir el conflicto de competencia y el alto tribunal dispuso que debido a que Facebook tiene:

[...] cobertura mundial y transnacional, no permite precisar que haya tenido ocurrencia en el municipio de Chía... Frente a tales supuestos, por consiguiente, en que el factor territorial no presta utilidad para establecer la competencia, es necesario acudir a las pautas del inciso segundo del artículo 43 del estatuto procesal penal.

La Corte señaló que en estos casos, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, el juez de conocimiento es aquel donde la Fiscalía coloca la denuncia, y esto fue en Bogotá, por lo que ese tribunal tiene la jurisdicción.

La decisión final fue declarar al acusado inocente por falta de pruebas que le llevaran certeza al juez acerca de que dicha persona había creado el grupo en Facebook, esto en gran medida, por el anonimato que caracteriza las comunicaciones por Internet.

10. Fácil reproducción, copia y reenvío de información

Esta característica se refiere a la posibilidad casi infinita que tiene un usuario de bajar información, copiarla en una memoria o computador y reenviarla o redistribuirla a múltiples destinatarios, quienes a su vez pueden hacer lo mismo. A esto se debe añadir, que en dicho proceso no hay pérdida de la calidad de dicha información, como sucede en otros medios no digitales. Para los asuntos jurídicos es crucial, pues en temas relacionados con violaciones a la intimidad o difamación se hace complicado establecer el origen y aplicar las respectivas medidas correctivas: “Even if the original source can be traced, there can be many others already linking to or hosting the same information. And, again, they can be rooted in a number of jurisdictions” (Jiménez y Lodder, 2015, p. 268).

II. Temas cruciales sobre derecho e Internet

Los primeros estudios académicos sobre Internet y derecho (Quinto, 2003), identificaron una serie de temáticas que originaban controversias legales en Internet:

1. Propiedad intelectual y comercio electrónico.
2. Derecho a la privacidad.
3. Libertad de expresión.
4. Espacios virtuales, derechos públicos y privados.
5. Regulación de relaciones exteriores de la Internet.

6) Jurisdicción y comunidad mundial.

7) Proveedores de servicios de Internet (IPS, por sus siglas en inglés).

A los siete anteriores, habría que agregar sin duda, el tema de los delitos informáticos. Para Svantesson (2007) las áreas del derecho internacional privado más susceptibles son: (i) los contratos comerciales; (ii) los contratos del consumidor; (iii) el daño por difamación y (iv) la relación entre contratos y perjuicios. Por su parte, un estudio analizó 41 casos judiciales clave en Estados Unidos; del análisis de estos se concluyó que el asunto de la propiedad intelectual era el más frecuente en controversias de Internet (62 %), seguido por las controversias sobre difamación y agravios (Reidenberg, 2013).

Por otro lado, se podrían agrupar los diferentes temas, según las especialidades del derecho, para obtener el siguiente resultado: (i) propiedad intelectual, marcas, comercio electrónico y contratos (derecho civil y comercial, derecho internacional privado, según el caso); (ii) delito informático y difamación (derecho penal); (iii) contratos, relaciones laborales y seguridad social (derecho laboral); (iv) derecho a la privacidad y a la libertad de expresión (derecho constitucional); (v) regulación de servicios de Internet y gobierno electrónico (derecho administrativo); (vi) gobierno de Internet (derecho internacional); y (vii) jurisdicción en Internet (comprende todas las especialidades).

Investigaciones recientes siguen centrándose en la cuestión de cómo se establece la jurisdicción en Internet. En las disputas jurídicas sobre Internet el concepto “jurisdicción” es mucho más amplio que el concepto del derecho nacional, concretado en la capacidad del juez para conocer y decidir un caso⁹, debido a que las controversias muchas veces implican el derecho internacional (tanto público como privado), el vocablo jurisdicción

⁹ En Colombia se utiliza la expresión “competencia” con significado similar, pero dicho término no es preciso y además es polisémico, pues se refiere también a las aptitudes, conocimientos y experticia que se requieren para desempeñar un determinado trabajo.

puede entenderse o usarse según los siguientes significados:

- La capacidad regulatoria del Estado o autoridad; es decir, la facultad para prescribir y regular ciertas conductas, ya mediante la ley u otro tipo de norma jurídica; esto comporta la facultad de imponer sanciones y ejecutarlas.
- El territorio de un Estado, o el área de un determinado distrito o foro. Aquí el territorio es el elemento básico, ya sea en el tema del derecho internacional o en el derecho interno para fijar la división en distritos y circuitos judiciales.
- La capacidad de una corte, tribunal o juez para conocer y decidir una disputa judicial (aquí se recoge el origen etimológico: decir el derecho: *iuris-dictio*).

De igual manera, es importante señalar que el derecho internacional privado consta de tres temas muy relacionados entre sí: (i) la jurisdicción, ya enunciada; (ii) la elección de la ley –determinar qué ley debe aplicarse a un caso en concreto–; y (iii) el reconocimiento y ejecución, que se refiere al efecto directo y obligación de cumplimiento de una sentencia extranjera (Wang, 2010).

Según Kohl (2010) el principal problema del derecho de Internet es que las normas jurídicas fueron creadas según el supuesto de que las actividades estaban localizadas geográficamente y en consecuencia, la ubicación se convirtió en el criterio preponderante para conocer la jurisdicción y competencia tanto de los jueces como de las autoridades regulatorias en general: “Finally, States are today struggling with accommodating these difficult events within their allocation rules based on location, so much so that there have been some calls to abandon the territorially based system of regulation” (Kohl, 2010, p. 3).

En un principio, los juristas del derecho reaccionaron al asunto de la regulación jurídica de Internet de dos maneras diferentes (Jiménez,

2015): (i) la creencia de que las normas jurídicas tradicionales se podrían aplicar a las transacciones virtuales, sin problema alguno: “Se supuso, en un primer momento, que la transposición pura y simple de las reglas del mundo ‘real’ a lo virtual sería suficiente para evitar anomia jurídica” (De Lucca, 2012, p. 11); y (ii) la postura que señalaba la necesidad de instaurar nuevas reglas jurídicas provenientes de la actividad del ciberespacio: “Their central assertion was that the traditional jurisdictional rules based on geographic location are not transferable to the transnational Internet” (Kohl, 2010, p. 11).

Sobre el tema de la jurisdicción en Internet ya se han hecho valiosos estudios que arrojan luz sobre el camino. La evidencia recolectada demuestra que los gobiernos cada vez más están regulando las actividades y servicios de Internet para proteger los derechos de sus ciudadanos; en materia judicial, los jueces y tribunales están aplicando tanto reglas nuevas (*online*), como reglas tradicionales (*offline*) para resolver los conflictos de competencia y asumir o determinar la jurisdicción sobre los pleitos que se les presentan (Jiménez, 2015).

III. La regulación de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en Colombia

Como se sabe, Internet llega a Colombia a comienzos de los años noventa. En 1991 se conforma la primera red de universidades en Colombia llamada Runcol, compuesta por treinta universidades, el Instituto Colombiano de Fomento a la Educación Superior (hoy Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación) y la Empresa Colombiana de Telecomunicaciones (Telecom). Ese mismo año se logra la primera conexión entre la Universidad de Columbia (Estados Unidos) y la Universidad de los Andes (Colombia) a través de la red Bitnet de IBM.

Hubo muchas dificultades técnicas y económicas para que las universidades pudieran trabajar en red: la mayoría se conectaba mediante llamadas telefónicas de larga distancia, en horario esta-

blecido y mediante el uso del módem; además, solo se ofrecía el servicio del correo electrónico. Hacia 1994 Runcol desaparece pero da origen a la Red Caldas, iniciativa del entonces Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología (Colciencias). Ese mismo año, se crea Cetcol una red mixta público-privada, y Telecom concibe el servicio Saitel que empezó a ofrecer servicios limitados como proveedor de Internet. En 1995 llega Compuserve, ya un IPS con todos los permisos, el cual marca el inicio de la popularización de Internet en el país (Cobos, 2010).

El desarrollo e implantación de estas nuevas tecnologías de la información presionaron para que la regulación e intervención estatal aparecieran hacia finales de los años ochenta del siglo pasado, generándose así, las primeras normas y disposiciones jurídicas sobre la materia. A continuación, y con un propósito meramente enunciativo, se hace una breve reseña cronológica de las principales normas que han venido surgiendo sobre informática, Internet y comercio electrónico.

- Ley 72/1989, otorga funciones de regulación del sector telemática e informática (derogada por ley 1341/2009).
- Decreto 1900/1990, establece que las telecomunicaciones son servicio público (teoría del servicio público, derogado por ley 1341/2009).
- Ley 37/1993, regula el servicio público de telefonía móvil celular.
- Ley 527/1999, reglamenta el comercio electrónico, el mensaje de datos y la firma electrónica (se dice que es una regulación avanzada en el contexto latinoamericano).
- Directiva presidencial 02/2000, trata sobre el gobierno en línea.
- Documento Conpes 3072/2000, constituye la *Agenda de conectividad* y se crea Intranet.
- Decreto 127/2001, programa para desarrollo de las TIC y gobierno electrónico.
- Concepto Rad. 1376/2001 Consejo de Estado, Sala de Consulta Civil, sobre uso público del dominio “.co”, concluye que el

dominio “.co” debe ser administrado por el Estado colombiano.

- Ley 962/2005, sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos; establece el uso de medios tecnológicos o documentos electrónicos en las comunicaciones entre ciudadanos y la administración.
- Ley 1065/2006, sobre registro de dominios “.co”.
- Resoluciones 1732/2007 y 1740/2007, sobre Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.
- Decreto 1151/2008, sobre gobierno en línea.
- Ley 1341/2009, sobre la sociedad de la información y organización de las TIC, crea la Agencia Nacional de Espectro.
- Directiva presidencial 04/2012, estrategia “cero papel” y uso de medios electrónicos.
- Decreto 2364/2012, regula el artículo 7° de la ley 527/1999 sobre la firma electrónica.
- Ley 1581/2012 y decreto 1377/2012, fundan el Régimen General de Protección de Datos Personales.
- Ley 1437/2011 (CPACA) y ley 1564/2012 (CGP), han incorporado al derecho procesal algunos aspectos de las TIC en lo referente a pruebas, notificaciones, audiencia en línea y la posibilidad del expediente electrónico (ver los artículos 53-64, 186 y 216 del CPACA y los artículos 103, 107 y 109 del CGP).

Entre las providencias más destacadas de la Corte Constitucional, se tienen las siguientes:

- Sentencia T-414 del 16 de junio de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, primera sentencia en Colombia sobre protección de datos personales y *habeas data*, determina la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información como consecuencia de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental.

- Sentencia C-662/2000, M. P. Fabio Morón Díaz, resuelve demanda de inconstitucionalidad sobre varios artículos de la ley 527/1999, encontrándolos ajustados a la Constitución.
- Sentencia C-831/2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, resuelve demanda de inconstitucionalidad del artículo 6 de la ley 527/1999 sobre la obligación establecida por una norma para que la información conste por escrito y este requisito se cumple con un mensaje de datos; se declaró su exequibilidad.
- Sentencia C-1147/2001, M. P. Manuel José Cepeda, se demanda el artículo 91 de la ley 633/2000 que dispone que las páginas web y sitios de Internet de origen colombiano cuya actividad sea financiera, comercial o prestación de servicios, deben inscribirse en el registro mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la información que esta requiera; se concluye que la norma no viola el derecho a la intimidad como solicitaba el actor.
- Sentencia C-981/2005, M. P. Clara Inés Vargas, se demandan algunos artículos de las leyes 788/2002 y 863/2003 y otros del Estatuto Tributario sobre información tributaria. El actor considera que estas normas deberían estar en una ley estatutaria y no en una ordinaria pues están relacionadas con el *habeas data*, y de las páginas web y de Internet se puede obtener información financiera y tributaria; se declara exequible.
- Sentencia C-1153/2005, M. P. Marco Gerardo Monroy, sobre control de constitucionalidad a proyecto de ley estatutaria sobre garantías electorales; se hace referencia a las encuestas por Internet contempladas en el proyecto y que la Corte avala.
- Sentencia T-208/2008, M. P. Clara Inés Vargas, el amparo se dirige contra el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex) por negar un crédito educativo a una persona egresada de un colegio privado de Bogotá, quien alega que la convocatoria no lo restringía; Icetex argumentó que realizó una aclaración en su página web respecto de que los colegios privados deberían estar en concesión o en convenio con el distrito capital de donde provenían los fondos. Se niega el amparo.
- Sentencia T-013/2008, M. P. Marco Gerardo Monroy, establece alcance de la ley 962/2005 sobre derecho de petición, el cual puede hacerse mediante páginas web o escrito físico; el ciudadano escoge.
- Sentencia T-713/2010, M. P. María Victoria Calle, se resuelve revisión de tutela interpuesta contra la directora de un colegio que impuso matrícula condicional a un menor por unirse a un grupo de Facebook que apoyaba el cambio de rectora. Corte ampara los derechos fundamentales al buen nombre, a la honra, al debido proceso y ordena reformar el manual de convivencia.
- Sentencia C-058/2012, M. P. Humberto Sierra Porto, aquí se ampara el derecho de acceso a la justicia interpuesto por una menor quien había denunciado ante la Fiscalía a otra persona por injuria, al haber publicado en un correo de @hotmail.com una fotografía de la denunciante, argumentando que tenía sida. La denuncia ante la Fiscalía llevaba más de cinco años sin ningún avance.
- Sentencia T-260/2012, M. P. Humberto Sierra Porto, la tutela es presentada por la madre de una menor de cuatro años de edad, en contra del padre de la niña quien abrió una cuenta en Facebook a nombre de su hija, y la utiliza para desprestigiarla. El padre incumplió condiciones de Facebook (para abrir cuenta a nombre de otro se requiere autorización y tener al menos trece años de edad); la Corte ampara los derechos a la intimidad, al buen nombre y libre desarrollo de la personalidad, se ordenó al padre cancelar la cuenta y no abrir una nueva en otra red social.

- Sentencia T-550/2012, M. P. Nilson Pinilla, tutela contra la Universidad del Rosario por expulsar a estudiante por emitir comentarios en Facebook en contra de los directivos. Se tutelan los derechos fundamentales de libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y a expresar y difundir opiniones y pensamiento. La Corte confirmó fallo anterior negando el amparo al considerar que la universidad respetó el debido proceso y que el estudiante usó expresiones que no ampara la libertad de expresión.
- Sentencia T-643/2013, M. P. María Victoria Calle, la accionante había trabajado para empresa de masajes y había autorizado un estudio fotográfico; luego de finalizado el vínculo laboral pidió que retiraran las fotos de la página de Facebook sin éxito. Se solicita el amparo de los derechos a la intimidad, buen nombre, honra y dignidad humana. Corte establece que el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales hace que la autorización de publicar las fotos, no implica una renuncia indefinida de su derecho. Se concede el amparo y se revocan los fallos anteriores que la negaban.

Conclusiones

La facilidad, rapidez y bajo costo de las comunicaciones en Internet han conducido a un aumento sin precedentes en las interacciones que cruzan fronteras de diferentes jurisdicciones y sistemas jurídicos, lo que suscita a su vez, el incremento de los conflictos jurídicos ocasionados en Internet. Aquí se presenta una paradoja: mientras las interacciones virtuales se amplían y se hacen más fáciles y a bajo costo, las soluciones a dichos conflictos parecen difíciles y costosas. Aquí es donde aparece la necesidad de realizar estudios e investigaciones sobre el derecho e Internet, que sustenten la posterior elaboración de regulación jurídica, la toma de decisiones gubernamentales y la labor hermenéutica en las providencias judiciales.

El hecho indiscutible es que estos conflictos jurídicos tienden a superar el territorio de una

jurisdicción específica y se deben generar nuevos desarrollos normativos e interpretaciones jurídicas para que una determinada autoridad (internacional, nacional o incluso territorial), asuma la regulación, control y competencia en determinados casos. En este sentido, es menester que los abogados se aproximen al conocimiento de los aspectos tecnológicos de la comunicación virtual, para así entender, manejar y resolver los problemas jurídicos que surgen en el ambiente de Internet.

Los recientes desarrollos tecnológicos de las TIC e Internet como los nuevos aplicativos y dispositivos móviles, requieren una atención de parte de abogados y académicos sobre su impacto jurídico. La tendencia se dirige a un acrecentamiento de la portabilidad y conectividad en pequeños dispositivos que contienen una multiplicidad de tareas, servicios y aplicativos, con lo cual se hace más acentuado el carácter de portabilidad, rapidez, anonimato e independencia geográfica en las comunicaciones por Internet.

Los casos presentados en Colombia a la luz de las características de Internet, son apenas una pequeña muestra de las consecuencias de algunas de las particularidades de la comunicación por Internet y señalan una gran potencialidad para la investigación y práctica jurídicas. Se trata no solamente del incremento cada vez mayor de casos de Internet en los cuales se involucran los derechos a la intimidad, al buen nombre, a la libertad de expresión, los derechos de propiedad y de marcas, junto con los delitos informáticos y el comercio electrónico entre otros, sino del desarrollo de conocimiento jurídico para el tratamiento de esos temas.

Por otro lado, el importante desarrollo normativo y jurisprudencial en nuestro país demuestra que ya empezó todo un movimiento de incorporación de las TIC con el derecho, siendo Colombia un Estado que trata de mantenerse al día en estos asuntos; esto justifica aún más la necesidad de aportes desde la investigación y el conocimiento científico para que estos desarrollos jurídicos sean más adecuados y pertinentes a nuestra realidad

social y cultura jurídica. En materia judicial, se observó un desarrollo muy focalizado con las disputas entre los derechos fundamentales a la intimidad y buen nombre, frente a los derechos de libertad de expresión y comunicación. Es en este campo, donde se espera contribuir en próximas investigaciones.

Por último, para el jurista y abogado, Internet debe ser visto más allá que un simple medio de comunicación del cual se podrían obtener beneficios en la práctica jurídica (tal es el caso de la informática jurídica). Si Internet ha cambiado nuestras vidas, debemos prestar mayor atención y escudriñar más detenidamente el fenómeno de la comunicación virtual, instantánea, *crossborder* y portable para elucidar sus consecuencias jurídicas. Sobre todo, en un campo de conocimientos y de práctica profesional como es el derecho, que tiende por su inercia normativa, a estar a la zaga de los acontecimientos.

Referencias

- Alegsa. (s. f). Definición de portabilidad (informática). Disponible en: www.alegsa.com.ar/Dic/portabilidad
- Cobos, T. (2010). Historia de Internet en el mundo y su llegada a Colombia. Disponible en: <http://tanialu.co/2010/01/12/historia-de-internet-en-el-mundo-y-su-llegada-a-colombia/#sthash.U6QpPac8.dpbs>
- Consejo de Estado. (2001). Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 1376, diciembre 11. M. P. César Hoyos Salazar.
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-277 de 12 de mayo. M. P. María Victoria Calle.
- Corte Suprema de Justicia. (2010a). Sala de Casación Penal, caso Jerónimo A. Uribe, Auto rad. 33.474/2010.
- Corte Suprema de Justicia. (2010b). Sala de Casación Penal, caso Centro Comercial Campanario, Auto rad. 34.564/2010.
- De Lucca, N. (2012). *Contratación informática y telemática*. Bogotá: Temis.
- Guerra, Y. (2012). *Derecho y tecnología*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Jiménez, W. G. (2015). Rules for offline and online in determining jurisdiction. Global overview and Colombian cases. *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 26, pp. 13-62.
- Jiménez, W. J. & Lodder, A. (2015). Analyzing approaches to internet jurisdiction based on a model of harbors and the high seas. *International Review of Law, Computers & Technology*, 29(2-3), pp. 266-282.
- Kohl, U. (2010). *Jurisdiction and the internet regulatory competence over online activity* (2ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Lodder, A. (2013). Ten commandments of Internet law revisited: basic principles for Internet lawyers. *Information & Communications Technology Law*, 22(3), pp. 264-276. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2343486>
- Manrique, J. (2011). The assertion of judicial jurisdiction over cyber-torts. A comparative analysis. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 5, pp. 2-24.
- Maquiavelo, N. (1993). *El príncipe*. Barcelona: Ediciones Altaya.
- Peter, I. (s. f.) The history of email. Disponible en: <http://www.nethistory.info/History%20of%20the%20Internet/email.html>
- Quinto, D. (2003). *Law of Internet disputes*. Nueva York: Aspen Law Business.
- Reidenberg, J. (2013). Internet jurisdiction: a survey of legal scholarship published in english and United States cases law. Fordham Center on Law and Information Policy –CLIP–. *Working Paper* 2309526. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2309526>
- Remolina, N. (2015). Zuckerberg, redes sociales digitales y el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el

- ámbito de aplicación de la ley colombiana de protección de datos. Observatorio Ciro Angarita Varón sobre Protección de Datos. Disponible en: <http://habeas-datacolombia.uniandes.edu.co/?p=1718>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2016). Radicación 14-218349-4-0, trámite 113, actuación 330 del 3 de marzo de 2016.
- Svantesson, D. (2007). *Private international law and the Internet*. Rijn: Kluwer Law International.
- Tato, N. (s. f.). El derecho informático como una nueva rama del derecho. Disponible en: http://www.nicolastato.com.ar/esp/index.php?option=com_content&view=article&id=6:artderechoinformaticonuevarama&catid=10:catdgderechoinf&Itemid=7
- Tecnocosas. (s. f.). El correo electrónico: origen y funcionamiento. Disponible en: <http://www.tecnocosas.es/el-correo-electronico-origen-y-funcionamiento/>
- Wang, F. (2010). *Internet jurisdiction and choice of law: legal practices in the EU, US and China*. Nueva York: Cambridge University Press.

AUTORITARISMO Y DEMOCRACIA DE EXCEPCIÓN: EL CONSTITUCIONALISMO DEL ESTADO DE SITIO EN COLOMBIA (1957-1978)*

Jorge Enrique Carvajal Martínez**
Andrés Mauricio Guzmán Rincón***

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2017

Fecha de evaluación: 27 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 16 de mayo de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3041>

Forma de citación: Carvajal, J. E. & Guzmán, A. M. (2017). Autoritarismo y democracia de excepción: el constitucionalismo del estado de sitio en Colombia (1957-1978). *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 40, 63-75. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3041>

Resumen

En el presente artículo se aborda desde un punto de vista histórico y sociojurídico el estudio del estado de sitio en Colombia para el periodo 1957-1978, es decir, el periodo del Frente Nacional y que dio lugar al restablecimiento del régimen constitucional luego del Gobierno de facto liderado por el general Gustavo Rojas Pinilla. El propósito principal es identificar analíticamente las características de la racionalidad que servían a los gobernantes y órganos del Estado para fundamentar su declaratoria y, por otra parte, las tensiones con el concepto clásico de Constitución Política entendida como límite y control del poder político. Se utiliza un método hermenéutico, histórico y crítico para fundamentar la hipótesis que se defiende, la cual gira en torno a la configuración de un régimen de excepción que pretendía legitimación democrática.

Palabras clave:

Excepcionalidad, Frente Nacional, democracia, Constitución Política de 1886, estado de sitio.

* Artículo producto de investigación en el marco del proyecto "Democracia y justicia en los sistemas de protección a los derechos humanos" adscrito al Grupo de Investigación Derecho Constitucional, Reforma de la Administración de Justicia y Bloques de Constitucionalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá, Colombia).

** Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Máster en Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá, Colombia). Especialista en Sociología Jurídica de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas (Bogotá, Colombia). Profesor asociado de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Docente de la maestría en Derecho, Universidad La Gran Colombia (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: jorge.carvajal@ugc.edu.co

*** Abogado y magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá, Colombia). Profesor de la Facultad de Posgrados de la Escuela Superior de Administración Pública (Bogotá, Colombia) y de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: andres.guzman@ugc.edu.co

AUTHORITARIANISM AND DEMOCRACY OF EXCEPTION: THE CONSTITUTIONALISM OF THE STATE OF SIEGE IN COLOMBIA (1957 - 1978)

Summary

The hereby article approaches the Colombian state of siege of 1957 – 1978 from a historical and social-legal point of view, during the period well known as the “National Front”, which made it possible for the reestablishment of the constitutional regime after the facto government led by General Gustavo Rojas Pinilla. The main purpose of this research was to analytically identify the characteristics of the governors and state rational thinking that helped to support their declaration and on the other hand, supported the tensions with the classic concept of constitution, understood as a limit and control of the political power. The hermeneutic, historical and critical method were used to underlie the supported hypothesis, which revolves around the formation of a regime of exception that sought after democratic legitimation.

Key words:

Exceptionality, National Front, Democracy, Political Constitution of 1886, State of Siege.

AUTORITARISMO E DEMOCRACIA DE EXCEÇÃO: O CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO DE SÍTIO NA COLÔMBIA (1957- 1978)

Resumo

No presente artigo aborda-se a partir de um ponto de vista histórico e socio-jurídico o estudo do estado de sítio na Colômbia para o período 1957-1978, ou seja, o período do frente nacional e que levou à restauração do governo constitucional depois do Governo de fato liderado pelo General Gustavo Rojas Pinilla. O objetivo principal foi identificar analiticamente as características da racionalidade que servia aos governantes e organismos do Estado para fundamentar a sua declaração e, por outro lado, as tensões com o conceito clássico de constituição política entendida como limite e controle do poder político. Foi utilizado um método hermenêutico, histórico e crítico para fundamentar a hipótese que se defende, a qual gira em torno à configuração de um regime de exceção que buscava legitimidade democrática.

Palavras-chave:

Excepcionalidade, frente nacional, democracia, constituição política de 1886, estado de sítio.

Introducción

En el presente artículo se aborda desde un punto de vista histórico y sociojurídico el estudio del estado de sitio en Colombia para el periodo 1957-1978, es decir, el periodo del Frente Nacional y que dio lugar al restablecimiento del régimen constitucional luego del Gobierno de facto liderado por el general Gustavo Rojas

Pinilla. El propósito principal es identificar analíticamente las características de la racionalidad que servían a los gobernantes y órganos del Estado para fundamentar su declaratoria y por otra parte, las tensiones con el concepto clásico de Constitución Política entendida como limite y control del poder político. Se utiliza un método hermenéutico, histórico y crítico para fundamentar la hipótesis que se defiende, la

cual gira en torno a la configuración de un régimen de excepción que pretendía legitimación democrática.

Se efectúa aquí una caracterización del estado de sitio en Colombia de 1957 a 1978, a partir de la reconstrucción del contexto histórico en el que tuvo lugar, abordando el análisis de los aspectos más representativos y las condiciones de racionalidad que servían a los gobernantes y órganos del Estado para basar su declaratoria, advirtiendo de igual manera las tensiones que su desarrollo tuvo con el concepto clásico de Constitución Política, entendida primordialmente como dispositivo de control del poder político y marco institucional de la división de poderes.

Antes de avanzar es importante efectuar algunas precisiones: se hará referencia en concreto a la facultad constitucional de declaratoria de estado de sitio de la que hicieron uso los jefes de Estado durante las décadas de los sesenta, setenta y ochenta. Como toda experiencia histórica, esta alberga sus propias complejidades y particularidades, de forma específica para Colombia vale la pena anotar una transformación frente a la comprensión y desarrollo de esta institución a partir de la instauración del Frente Nacional¹ en 1957, y el inicio del periodo del expresidente de la república Julio César Turbay Ayala en 1978, fecha a partir de la cual se destacan cambios significativos que van a perdurar aproximadamente hasta el fin del periodo presidencial de Virgilio Barco en 1990. La fecha comprendida entre 1957 y 1978 da cuenta de las peculiaridades de una fase histórica que la diferencia claramente de otras, en las que es posible identificar otras significaciones sobre su sentido y alcance, que se manifestaron también en la transformación de los marcos jurídicos que le daban sustento.

¹ Este término alude a la coalición política pactada en el país entre los partidos Liberal y Conservador que se mantuvo vigente entre 1957 y 1974, como mecanismo para superar la dictadura del general Gustavo Rojas Pinilla y la guerra civil que enfrentó a dichos partidos. Su principal rasgo fue el de establecer la alternación en el poder entre representantes de los dos partidos durante esos 16 años, correspondiéndole a cada uno un periodo de 4 años.

La metodología escogida aplica herramientas propias de los estudios jurídicos, por ejemplo se recurre a la interpretación de fallos judiciales paradigmáticos desde la reconstrucción del contexto histórico, para lo cual se consultaron investigaciones relativamente recientes sobre el tema, así como fuentes históricas, frente a la reconstrucción del paradigma constitucional que sirve como referente de evaluación, los autores toman como punto de partida los desarrollos actuales desde una perspectiva de derechos humanos.

Ahora bien, Gustavo Gallón (1979) sostiene que si bien es cierto que desde noviembre de 1948 hasta el 7 de agosto de 1958 el país fue gobernado a través del estado de sitio permanente para regular los asuntos estatales, por parte del dictador Gustavo Rojas Pinilla, este proceder se enmarcaba en los métodos generales de la dictadura militar. En ese sentido, es desde 1958 que se restablecen las instituciones democráticas liberales y los gobiernos recurren de manera persistente a la institución del estado de sitio consagrada constitucionalmente, lo que sin duda caracteriza este periodo histórico y lo distingue del estado de sitio propio de la dictadura militar (Gallón, 1979).

En Colombia a pesar de que la declaratoria de estado de sitio de acuerdo con lo dispuesto en el texto de la Constitución Política de 1886, vigente para la época en estudio, era una facultad excepcional del gobernante, los hechos demuestran que este era un instrumento ordinario de la política interior. Lo que evidencia que hasta 1991 no existiera un control ni político ni jurídico efectivo frente a su declaratoria, que en últimas desvirtuaba su sentido y alcance.

Los autores que investigan el tema, advierten que en el país se ha abusado de la institución de los estados de excepción, que era aún más significativo hasta antes de la expedición de la Constitución Política de 1991 (Ariza, 1997; Gallón, 1979; García, 1993). “En realidad, la utilización constante de las medidas excepcionales, además de desdibujar su propia definición, han

sustituido a la normalidad institucional colocando a Colombia en el límite entre un Estado democrático y uno autoritario” (Ariza, 1997, p. 7).

Esta situación se hace aún más latente si se tiene en cuenta que numerosas normas adoptadas durante la declaratoria de los estados de sitio han prolongado su vigencia de forma indefinida incluso hasta nuestros días, razón por la cual muchas de ellas se encuentran incorporadas como normas ordinarias (Ariza, 1997; García, 1993).

Uprimny y García (2005) sostienen que desde 1958 hasta 1978 el país vivió 48,5 meses en estado de excepción, esto corresponde al 33,4 % del periodo. La tabla 1 expone esta cifra, discriminada según los ciclos presidenciales en los que se dio su declaratoria.

Tabla 1. Meses y porcentaje en estado de excepción (1958-1978)

Presidente	Nº de meses en estado de excepción	% del periodo en estado de excepción
Lleras Camargo (1958-1962)	4	8,3
Valencia (1962-1966)	14,5	30,2
Lleras Restrepo (1966-1970)	30	62,5
Pastrana (1970-1974)	39	81,3
López (1974-1978)	34	70,8

Fuente: Uprimny y García (2005).

Para estudiar el periodo señalado, en la primera parte se describen las características jurídicas de la declaratoria de estado de sitio, partiendo del análisis de la Constitución de 1886; y en la segunda se examina el papel que cumplió la Corte Suprema de Justicia en la legitimación de los estados de sitio, al ejercer un control meramente protocolario y fundamentado en tesis que plantean expresamente la facultad discrecional del gobierno para decretarla.

El análisis de cada uno de estos apartados se enriquecerá con una breve referencia histórica de los subperiodos en los que el estado de sitio adquiere ciertas particularidades según la realidad histórica y económica que afrontaron los gobiernos que lo decretaron. Este ejercicio permitirá, siguiendo a Claire (2014), afirmar que “la clasificación de un evento como excepcional, de emergencia o de crisis es un acto de construcción de la realidad y no un hecho demostrable en sí” (Claire, 2014, p. 206).

A. Generalidades del estado de sitio a partir de la Constitución de 1886: aspectos jurídicos de las facultades extraordinarias

I. Las amplias facultades excepcionales conferidas al poder ejecutivo antes de 1968

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución de 1886, el legislador estaba autorizado para dar facultades legales al gobierno durante el estado de sitio: por ejemplo, durante la dictadura del general Gustavo Rojas Pinilla se profiere el decreto legislativo 3418/1954, que consagra en su artículo 5 que el gobierno podía en estado de sitio “recuperar el dominio pleno de frecuencias o canales de radiodifusión cedidos a particulares para su explotación”. Siete años después, es decir, en 1961, mediante la ley 141 de ese mismo año, esa disposición adquirió carácter legal al ser convertida en legislación permanente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución Política de 1886 (Gallón, 1979).

Otro ejemplo es el de la facultad dispensada al gobierno para modificar el presupuesto nacional mediante la simple decisión de los ministros, esta atribución la contenía el artículo 104 del decreto-ley 294/1973. Tal decreto se profirió con fundamento en facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso y que se conocía en ese momento como el “estatuto orgánico del presupuesto” (Gallón, 1979).

La Carta de 1886 también contemplaba algunas facultades que se concedían directamente al gobierno durante los estados de sitio, estas eran: (i) retener personas sospechosas tanto tiempo como lo juzgara necesario cuando se encontrara turbado el orden público (art. 28 CN 1886); (ii) en caso de guerra las autoridades no judiciales podían expropiar sin indemnización previa e incluso ocupar la propiedad inmueble, así como usar sus productos para las necesidades de la guerra (art. 33 CN 1886); (iii) la circulación de impreso por correo podía ser prohibida o restringida (art. 38 CN 1886); (iv) la libertad de prensa podía ser suspendida (art. 42 CN 1886); (v) decretar impuestos para restaurar el orden público (art. 43 CN 1886); (vi) concentrar en un solo órgano o persona la autoridad política y civil o la función judicial y militar (art. 61 CN 1886), por ejemplo a través de la creación de “consejos verbales de guerra” recurrentes en el periodo en estudio para juzgar miembros de las fuerzas militares y a la población civil; (vii) el presidente podía dirigir las operaciones de guerra como jefe máximo de los ejércitos (art. 120, ordinal 8 CN 1886); y (viii) el gobierno

podía percibir impuestos u ordenar gastos no contemplados en el presupuesto aprobado por el Congreso de la República (art. 206 CN 1886) (Gallón, 1979).

La declaratoria del estado de sitio se regulaba por el artículo 121 de la Constitución Política de 1886, que a su vez se había mantenido desde la reforma constitucional de 1910. Es importante mencionar que con la reforma de 1968, nuevamente se enmienda dicho artículo 121 y se crea la institución denominada “estado de emergencia económica” con la finalidad de evitar que se recurriera a la declaratoria del estado de sitio, cuando los motivos tenían un claro contenido económico.

De allí que de 1958 a 1968 rigió el artículo 121 constitucional vigente desde 1910, mientras que, de 1968 en adelante, rige una nueva regulación constitucional, razón por la cual se pasa a describir brevemente las características de la regulación atendiendo a esta diferenciación. La tabla 2 muestra las características de la regulación del estado de sitio antes de 1968.

Tabla 2. Estado de sitio en la Constitución de 1886 antes del acto legislativo 01/1968

Disposiciones de la Constitución Política de 1886 frente a la declaratoria del estado de sitio antes de 1968	Características de la regulación constitucional vigente para esa época
<i>Artículo 121:</i> [Modificado por el artículo 33 del acto legislativo 03/1910] “En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en Estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.	No existía una diferenciación entre los casos de guerra exterior y conmoción interior, lo que implica que para ambas coyunturas se podía recurrir a la misma medida excepcional de la declaratoria de estado de sitio y la turbación del orden público. Consagración de una formulación bastante vaga sobre la existencia de una “turbación del orden público” que daba un amplio margen de interpretación que podía ser aprovechado por los gobernantes de turno para abusar de esta figura².

² Importantes constitucionalistas reconocen que el uso de categorías amplias y vagas para determinar la turbación del orden, trae riesgos considerables a la estructura constitucional y a los regímenes democráticos, ya

que pueden ser empleadas por los gobernantes para introducir medidas autoritarias o suspender derechos y garantías de orden superior (Carbonell, 2008).

Disposiciones de la Constitución Política de 1886 frente a la declaratoria del estado de sitio antes de 1968

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias”.

Artículo 122: “El Presidente de la República o el que en su lugar ejerza el Poder Ejecutivo, es responsable únicamente en los casos siguientes, que definirá la ley:

1. Por actos de violencia o coacción en elecciones;
2. Por actos que impidan la reunión constitucional de las Cámaras Legislativas, o estorben a estas o a las demás Corporaciones o autoridades públicas que establece esta Constitución, el ejercicio de sus funciones; y,
3. Por delitos de alta traición.

En los dos primeros casos la pena no podrá ser otra que la de destitución, y, si hubiere cesado en el ejercicio de sus funciones el Presidente; la de inhabilitación para ejercer nuevamente la Presidencia.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento o remoción de Ministros, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo, quien por el mismo hecho se constituye responsable”.

Fuente: elaboración propia.

En este marco constitucional se dio la declaratoria de estado de sitio durante los dos primeros gobiernos del Frente Nacional, aspecto que a su vez permite identificar dos subperiodos:

El primero, cuya duración fue del 7 de agosto de 1958 al 1 de enero de 1962, tuvo una vida de 3 años, 4 meses y 23 días, y coincide con el periodo presidencial de Alberto Lleras Camargo. En esta época, el gobierno enfrenta la formación de incipientes organizaciones políticas derivadas de los sectores populares y emergen sindicatos. En el plano económico el

Características de la regulación constitucional vigente para esa época

La formulación imprecisa del “derecho de gentes” hace referencia a los convenios y tratados ratificados por el Estado frente a situaciones de guerra, que inicialmente servirían más para limitar el poder que para conferir potestades. Sin embargo, en el periodo de análisis, estos nunca se reglamentaron ni se emplearon como fundamento del estado de sitio (Gallón, 1979).

No se contempla ningún término temporal para la declaratoria del estado de sitio, razón por la que los gobernantes hacían un uso indiscriminado de la institución, entendiendo que este podía ser indefinido, en la medida en que dependía en exclusiva del restablecimiento del orden turbado tal y como lo disponía el inciso 3 del artículo 121 de la Constitución. Tampoco se prevé un límite temporal de las normas excepcionales dictadas como consecuencia de la declaratoria de estado de sitio³.

De acuerdo con el artículo 122, la responsabilidad del gobernante era bastante limitada, ya que se restringía a la coacción o violencia en elecciones, atentar contra el derecho a la libre reunión y deliberación de algunos órganos políticos y la comisión de delitos de alta traición. Por tanto, se observa que no existen previsiones respecto al carácter imperativo e inalienable de los derechos humanos y en consecuencia, su respeto y salvaguarda aun en situaciones excepcionales. Tampoco se destaca una clara diferenciación entre responsabilidad política y jurídica, ni se establecen controles de orden constitucional.

país se encuentra endeudado en el exterior y la producción interna está estancada. En el campo, aún hay presencia de bandas organizadas que continúan ejerciendo actos de violencia.

En tal escenario, el estado de sitio se decreta en algunas regiones, las que se consideran más golpeadas por la violencia y que requieren una urgente recuperación económica, aunque a finales de 1958 y de 1961, este se dictamina en todo el territorio nacional, la razón que dio el gobierno, fue la de un inminente peligro por una revuelta militar (Gallón, 1979).

³ Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia a través de su jurisprudencia fijó algunos límites a la declaratoria del estado de sitio, sin que esto signifique que hubiese efectuado un control estricto de esta facultad excepcional. Por ejemplo, en algunas sentencias planteó que la

declaratoria debería tener una relación estrecha con la turbación del orden público y tender a su restablecimiento, lo que conllevaba que esta debería tener una duración limitada, esto a su vez excluía de antemano su vocación permanente (Gallón, 1979).

El segundo subperiodo corresponde al mandato del expresidente de la república Guillermo León Valencia, que ordena el estado de sitio en 1963 por siete días, en principio solo en algunas regiones petroleras y con la finalidad de contrarrestar un paro cívico. Sin embargo, el 21 de mayo de 1965, se declara el estado de sitio en todo el territorio nacional hasta el 16 de diciembre de 1968. El objetivo principal que cumplió este instrumento fue el de combatir a los movimientos populares, en particular a los que provenían de la clase obrera y estudiantil que se organizaban en las zonas urbanas.

Este estado de sitio también se aprovecha para adoptar medidas económicas y fiscales, frente a una situación deficitaria de la balanza de pagos, la ausencia de divisas para pagar la deuda externa y la crisis fiscal del Estado (Gallón, 1979).

II. La reforma constitucional de 1968 y el perfeccionamiento del estado de sitio como instrumento represivo

Como se advirtió, a partir de 1968 hay una reforma constitucional que incorpora nuevos requisitos para la declaratoria del estado de sitio; a pesar de que se contemplan mecanismos de control judicial y se busca que su declaratoria no sea permanente –así como que esta tenga relación directa con los hechos que le dan origen–, en esencia, no agregó grandes innovaciones, ni hubo un control efectivo del poder judicial respecto al gobierno desde este año hasta 1978. Antes de demostrar esto, en la tabla 3 se destacan las principales innovaciones en la regulación jurídica constitucional.

Tabla 3. Estados de excepción en el acto legislativo 01/1968

Estados de excepción a partir de la reforma constitucional de 1968. Acto legislativo 01/1968	Características de la regulación constitucional
<i>Artículo 42:</i> “El Artículo 121 de la Constitución Nacional quedará así: En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones. [...] El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio. La existencia del estado de sitio en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso. Por consiguiente, este se reunirá por derecho propio durante las sesiones ordinarias y en extraordinarias cuando el Gobierno lo convoque. [...] El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o terminado la conmoción interior y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.	Esta norma consagra explícitamente que durante los estados de excepción no se podrá clausurar el Congreso. Estos decretos tienen un control automático por parte de la Corte Suprema de Justicia, cualquier ciudadano podía defender o impugnar su constitucionalidad ante este tribunal. Establece un régimen distinto y especial para la declaratoria del estado de emergencia económica y social, en la norma anterior se empleaba la fórmula de “turbación del orden público” por razones económicas. A diferencia de la declaratoria de los estados de sitio, faculta al gobierno a dictar decretos con fuerza de ley de carácter permanente, mientras que los primeros son provisionales. El gobierno solo tiene facultad para expedir decretos sobre las materias que tengan vínculo directo y específico con la situación de emergencia económica. El control político recae en el Congreso y este órgano dispone de la facultad de derogar, modificar o adicionar las materias de estos decretos por iniciativa propia y en cualquier momento. El gobierno y los ministros son responsables por el abuso de estas facultades, o la decreten sin fundamento.

Estados de excepción a partir de la reforma constitucional de 1968. Acto legislativo 01/1968	Características de la regulación constitucional
Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso [...].	
Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este Artículo, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad [...].”	
<i>Artículo 43:</i> “El Artículo 122 de la Constitución Nacional quedará así: Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en el Artículo 121, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país o que constituyan también grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar el estado de emergencia por períodos que sumados no podrán exceder de noventa días al año.	
[...]	
El Congreso podrá en todo tiempo y a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar las materias específicas de los decretos a que se refiere este Artículo.	
Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren el estado de emergencia sin haber ocurrido los hechos a que se refiere el inciso 1o; lo serán también por cualquier abuso que hubieren cometido [...].	
Durante el estado de emergencia económica el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores consagrados en leyes anteriores.	
Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este Artículo, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad [...].”	

Fuente: elaboración propia.

A partir de esta reforma constitucional se cuentan tres subperiodos que dan cuenta de la aplicación del estado de sitio:

El primero de ellos se inaugura el 9 de octubre de 1969 (último año de gobierno del expresidente Carlos Lleras Restrepo) y los tres primeros meses del gobierno de Misael Pastrana (17 de noviembre de 1970). Desde 1968 el estado de

sitio va utilizarse exclusivamente como instrumento represivo del gobierno, ya que se adopta una nueva institución que se denomina “estado de emergencia”, que cumplirá una finalidad exclusiva para enfrentar los desafíos de la crisis económica.

El estado de sitio se decreta regionalmente en el Valle del Cauca y por ciertos periodos,

mientras que durante 1970, se amplía hacia todo el territorio nacional, este tiene una duración de tres meses. Como dispositivo represivo del movimiento social, el estado de sitio limita el derecho de reunión y asociación, y mantiene la facultad de los militares para juzgar civiles. En el ámbito económico, la producción interna incrementó de forma considerable gracias a las medidas económicas adoptadas por el gobierno de Carlos Lleras desde 1965 (Gallón, 1979).

El periodo siguiente coincide con la declaratoria del estado de sitio por parte de Misael Pastrana desde el 26 de febrero de 1971 hasta el 29 de diciembre de 1973, en el que se destaca su uso como medida represiva a todo tipo de protesta o reivindicación popular, lo que sin duda afectó gravemente a las organizaciones estudiantiles (Gallón, 1979).

El último subperiodo que va del 12 de junio de 1975 y durante 1976, coincide con el gobierno del exmandatario Alfonso López Michelsen. Este también se sirve del estado de emergencia económica y continúa usando el estado de sitio como arma represiva contra las manifestaciones políticas de oposición de origen popular, campesino y del sector educativo.

En esta época, la finalidad del estado de sitio era primordialmente reprimir a los movimientos populares en las aglomeraciones urbanas y zonas industrializadas. Por tal razón se prohíben las reuniones públicas y las huelgas. Aunque también se empleó como mecanismo de legitimación del gobierno, rodeando de garantías la represión que ejercía, ya que por ejemplo, este se justificaba en la “defensa de las instituciones”, símbolo de la unidad nacional, a la vez que se descalifica como “subversivas” las reivindicaciones populares, además el levantamiento del estado de sitio se mostraba como un acto de triunfo del gobierno, que permitía difundir una imagen distorsionada con la cual se defendía que en el país regía la democracia y no el autoritarismo (Gallón, 1979).

Para Gallón (1979) el estado de sitio es un aparato que utiliza todo el Estado y no solo el gobierno,

ya que los demás poderes han manifestado su apoyo y legitimación permanente. Lo que a su vez evidencia la enorme influencia de los militares en la configuración del poder político del Estado para esta época, pues han logrado transferir el poder político y jurídico hacia ellos a través de cortes marciales. En últimas, se convierte en una herramienta de control político por parte de las clases dominantes que supera la combatividad de los sectores desposeídos, esto se observa en la desproporcionalidad existente entre las manifestaciones populares y la creciente institucionalidad creada por el Estado con el pretexto de contrarrestarla.

En relación con el periodo 1957-1978, es posible afirmar que hubo un aumento significativo de las protestas ciudadanas ante el descontento político que exteriorizaban algunos sectores sociales, en ese sentido la declaratoria de estado de sitio sirvió con frecuencia a los gobernantes para neutralizar estas manifestaciones y por otra parte, enfrentar la crisis económica que tiene sus orígenes en La Violencia, anterior a este periodo. En el campo se combatía a la insurgencia a través de la confrontación armada y la justicia de excepción, mientras que en la ciudad se restringían los derechos ciudadanos para reprimir las expresiones políticas (García, 1993).

B. El poder judicial frente al poder excepcional

Hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, la Corte Suprema de Justicia era el organismo responsable de asumir las funciones de máximo tribunal constitucional. Durante el periodo que comprende el Frente Nacional a partir de 1958 y hasta 1980, esta ejerce formalmente el control de los decretos expedidos por el gobierno en desarrollo de la declaratoria de estado de sitio. En particular esta etapa se caracterizó por un control bastante débil y casi nominal, en el que las decisiones del poder judicial servían para respaldar al gobierno y legitimar ante la ciudadanía la existencia de

un poder discrecional por parte de este que no era susceptible de ser limitado mediante mecanismos jurídicos.

En este periodo la Corte Suprema, a través de sus fallos, avaló las medidas excepcionales establecidas por los gobernantes para afrontar la perturbación del orden, ocasionada según la declaratoria del estado de sitio por las protestas estudiantiles, los alzamientos de los trabajadores y posteriormente algunos hechos terroristas. Así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia frente al decreto 1131/1970 que de manera expresa prohibía el derecho de reunión, al proscribir la conformación de grupos de más de tres personas en lugares donde se prestaran servicios públicos, determinó que era una medida constitucional, con el argumento de que la limitación a este derecho era razonable con el propósito de controlar el orden público (Ariza, 1997; Corte Suprema de Justicia, 1970).

La Corte Suprema de Justicia por medio de sus fallos también aceptaba que los civiles fueran juzgados por militares, en el entendido de que este mecanismo permitía una mayor celeridad de la justicia penal militar y que esto redundaría en el restablecimiento del orden público (Corte Suprema de Justicia, 1970). De un argumento similar se valió este alto tribunal para declarar la constitucionalidad del denominado estatuto de seguridad, un decreto en el que se vulneraban de forma palmaria derechos individuales, en especial en materia penal al consagrar la creación de tipos penales, aumentar las penas y tipificar arrestos incommutables por periodos extensos (Corte Suprema de Justicia, 1978).

La permisividad mostrada por la Corte Suprema respecto a las medidas excepcionales, se mantuvo aproximadamente hasta 1987, época en la que la administración de justicia exterioriza un compromiso por estudiar y entender con mayor rigurosidad estas medidas excepcionales, mientras que, a partir de 1992 con la creación de la Corte Constitucional, se continúa en la línea de evitar y superar dicha permisividad propia de este periodo (Ariza, 1997).

El estatuto de seguridad de 1978 se instaura desde el primer mes de gobierno del expresidente Turbay Ayala, precisamente como una norma que surge de la declaratoria del estado de sitio. Este instrumento hacía posible que los militares arrestaran, interrogaran, torturaran y juzgaran a civiles, teniendo una clara orientación hacia la represión de los movimientos políticos que surgían en las zonas urbanas. La iglesia y algunas ONG denunciaron en su momento el uso de tácticas que vulneraban los derechos humanos por parte de los militares, tales como choques eléctricos, baños con agua fría, submarinos y otros procedimientos de tortura contra civiles en aplicación del estatuto de seguridad (Niño, 1981).

Así las cosas, el control de constitucionalidad de la declaratoria de estados de excepción efectuado por la Corte Suprema de Justicia, se circunscribía a un examen meramente formal que no incluía alguna valoración en torno a los argumentos brindados por el gobierno para la declaratoria del estado de sitio, de esta forma solo se verificaba el cumplimiento de las solemnidades establecidas en la Constitución.

I. Excepcionalidad a través de la declaratoria de emergencia económica

En esa vía por ejemplo a través de la sentencia mediante la cual se efectuó el juicio de constitucionalidad del decreto legislativo 1970/1974, y con el que se declaraba por primera vez desde su consagración constitucional en 1968, el estado de emergencia económica; la Corte Suprema de Justicia determinó que la revisión de este tipo de decretos no comprendía los motivos que hubiese tenido en cuenta el gobierno y sus ministros para decretarlo, ya que esta era una decisión potestativa y discrecional.

El Decreto inicial que declara el estado de emergencia económica es un acto conjunto del jefe de Estado y los Ministros, sometido al control de la Corte, en los términos del Art. 214 y del Parágrafo del artículo 122, y cuya revisión no puede comprender el

estudio de los motivos que se hayan tenido para declararlo, pues tomar esta decisión es potestativa del gobierno, de modo discrecional (Corte Suprema de Justicia, 1974).

Así se entendía que ni siquiera la Constitución Política misma podía limitar la facultad discrecional de la que gozaba el gobernante. Incluso algunos de los magistrados sostenían la naturaleza eminentemente política de este acto y en consecuencia mantenían que le era vedado a los jueces ejecutar cualquier examen al respecto. Por ende, consideraban que el único que podía hacer este juicio era el Congreso de la República. Se entendía además que, si los jueces efectuaban algún control, estarían usurpando la competencia exclusiva del gobierno en relación con asumir la dirección del orden público.

A su vez, esta tesis la compartía el gobierno en cabeza del expresidente de la república Alfonso López Michelsen, quien en el informe presentado sobre la constitucionalidad de la emergencia económica al Congreso Nacional expone lo siguiente:

Siempre consideró el gobierno que la declaratoria de emergencia es un acto potestativo del propio gobierno; que de manera exclusiva pertenece a su competencia. La declaratoria de emergencia en sí misma, el momento en que se produce, la valoración de la situación de hecho que se invoca como causal, y el término durante el cual se van a usar las facultades extraordinarias, que concede, son determinaciones que soberanamente corresponden al gobierno (Daza y Ferraro, 1976, p. 56).

Los estados de excepción que a partir de 1968 incluyen la declaratoria de emergencia económica, profundizaron las facultades del poder ejecutivo y acentuaron prácticamente su carácter ilimitado, esta tesis no solo la acogía el poder judicial sino incluso el Congreso de la República. Así por ejemplo, si bien es cierto que el artículo 122 fijaba un control político sobre la declaratoria de la emergencia económica y los decretos en

desarrollo de esta, en su momento el Congreso de la República no hizo uso de esa facultad, y en consecuencia ni objetó ni modificó estas normas con vocación permanente (Daza y Ferraro, 1976) que en total fueron 23. Esto se explica en buena medida porque dos terceras partes del Congreso estaban integradas por partidarios del entonces presidente López Michelsen.

Volviendo a la sentencia antes citada y en la que de modo expreso se defiende el carácter intangible de la declaratoria del poder excepcional por parte del presidente de la república, puede observarse un voto disidente de gran relevancia, suscrito por el entonces magistrado Luis Sarmiento Buitrago, quien se opuso a la tesis dominante y planteó por primera vez en el seno de la Corte Suprema de Justicia que los actos proferidos por el gobernante en uso de la facultad extraordinaria, tenían naturaleza legislativa y por tanto, sobre estos debía haber un control jurídico que se fundamentara en la Constitución y en la ley.

A renglón seguido sostuvo “la invocación a actos de poder discrecionales del presidente es un recuerdo obsoleto del absolutismo monárquico que la democracia ha hecho desaparecer. Si el artículo 122 exige motivar la declaración de emergencia, no es un acto discrecional” (Corte Suprema de Justicia, 1974). Esta tesis que en su momento era minoritaria, se retomó 18 años después por la Corte Constitucional, ya en vigencia de la Constitución de 1991 para defender la idea de un control formal y material de la declaratoria de los estados de excepción.

En cuanto al control de constitucionalidad de estos actos, el magistrado Sarmiento Buitrago arguyó: “El control debe ser en consecuencia integral o no tiene razón de existir. La competencia tiene que ser por aspectos de forma y fondo, o la guarda de la Constitución no es integral” (Corte Suprema de Justicia, 1974). En específico frente a los motivos de la declaratoria de emergencia económica, Sarmiento Buitrago aseguró que esta no estaba justificada en razón del acontecer de una situación anómala:

Los tres propósitos [lucha contra la inflación y carestía, protección de ingresos y salarios y eliminación de subsidios] corresponden a males crónicos de la economía de la vida colombiana, son hechos que conforman la situación de subdesarrollo del país que bien pueden afirmarse aparejan una situación de normalidad que en manera alguna encaja dentro de los propuestos constitucionales para decretar el estado de emergencia (Corte Suprema de Justicia, 1974).

Conclusiones

El uso recurrente del estado de sitio en Colombia durante el periodo 1958-1978 evidencia claramente la forma en que el poder político estatal en cabeza del gobierno, logra en ese momento compatibilizar el autoritarismo con un sistema democrático. Lo que en la práctica termina desvirtuando la excepcionalidad al erigirla como norma permanente y vacía la democracia, al convertirla en un referente de legitimación de la represión oficial ante las demandas políticas de los sectores sociales que emergían en ese entonces y que se encontraban inconformes ante el gran déficit de participación y hermetismo propiciado por el Frente Nacional.

En esa medida, este periodo se caracteriza por hacer un uso de esta institución dentro del margen constitucional establecido para tal fin y por ende, se diferencia del periodo inmediatamente anterior en el que la fórmula del estado de sitio se basaba en el poder de facto de la dictadura militar liderada por el general Gustavo Rojas Pinilla. Por eso, podría decirse que el estado de sitio sirve como dispositivo de represión por parte del Estado y a su vez como forma de legitimación del poder autoritario.

Hasta antes de 1968 podría decirse que el estado de sitio era una institución incipiente, que mantuvo unos objetivos claros como enfrentar el surgimiento de organizaciones políticas populares y sindicales en las zonas urbanas y asegurar al estamento militar un lugar privilegiado en la estructura del Estado al permitirle cooptar

funciones políticas, administrativas y judiciales, por ejemplo, a través de cortes marciales con competencia para juzgar civiles.

Sin embargo, a partir de la reforma constitucional de 1968, el estado de sitio se perfecciona de manera predominante como instrumento represivo, afectando de forma significativa a las organizaciones obreras y estudiantiles. Mientras que, mediante la declaratoria de emergencia económica, se utiliza un mecanismo excepcional para introducir al país en las exigencias de la economía mundial y enfrentar fenómenos como el déficit fiscal, crisis en la balanza de pagos e implementar medidas de choque en el contexto de la sustitución de importaciones; en ese sentido la transformación del Estado también se efectuó recurriendo a recetas no democráticas.

El estudio de la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en este periodo, en relación con el control de constitucionalidad frente a la facultad de los gobernantes de declarar el estado de sitio, prueba que este era una herramienta del Estado para cumplir con esas finalidades de represión y legitimación y en esa medida no solo involucraba al gobierno. El poder judicial construyó y defendió argumentaciones basadas en la ley para justificar el uso de poderes discrecionales por parte del gobernante y negar y rechazar explícitamente su control y limitación.

De forma similar, al menos a finales de los años setenta, se observa que el Congreso tampoco ejerció un contrapeso a la declaratoria de los estados de excepción, a pesar de tener la función de desempeñar un control político, por el contrario, su permisividad hizo que las normas excepcionales tuvieran vocación de permanencia.

Referencias

- Ariza, L. J. (1997). *Estados de excepción y razón de Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Carbonell, M. (2008). Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de

- emergencia. *Estudios Constitucionales*, 6(1), pp. 249-263.
- Claire, W. (enero-junio de 2014). Poderes de emergencia y regímenes de excepción en América Latina: una perspectiva política. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, III(1), pp. 205-230.
- Corte Suprema de Justicia. (1970). Revisión del decreto 1129 de 1970, 13 de agosto.
- Corte Suprema de Justicia. (1970). Revisión del decreto 1133 de 1970, 13 de agosto.
- Corte Suprema de Justicia. (1978). Revisión del decreto 1923 de 1978, 30 de octubre.
- Daza, M. B. & Ferraro, M. (1976). *Efectos y alcances de la primera aplicación de emergencia económica, artículo 122 de la Constitución Nacional*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Gallón, G. (1979). *Quince años de estado de sitio en Colombia*. Bogotá: América Latina.
- García, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Uniandes.
- Niño, G. A. (1981). *Algunos conceptos sobre el estatuto de seguridad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Uprimny, R. & García, M. (2005). *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Bogotá: Documentos de Discusión DJS.

LA REVOLUCIÓN DE LOS COLORES Y LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS A LOS COLOMBIANOS DURANTE LA TEMPRANA REPÚBLICA*

Jacqueline Blanco Blanco**

Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2016

Fecha de evaluación: 2 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 16 de mayo de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3042>

Forma de citación: Blanco, J. (2017). La revolución de los colores y la limitación de los derechos políticos a los colombianos durante la temprana república. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 40, 77-95.
DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3042>

Resumen

Este artículo trata de los derechos otorgados a los colombianos durante los primeros años de republicanismo. El tema refiere una lucha política en el interior del conglomerado social, escenario donde el republicanismo le colocó en la condición de ciudadanos y sujetos de derechos, y de esta manera se reservaba el acceso a la participación política en razón a la raza. La pregunta que se formula es: ¿por qué la República de Colombia en su temprano constitucionalismo no contempló el acceso a los derechos políticos de manera general a todos los gobernados? Al final, se mostrará que el tránsito de colonia a república, de vasallos a ciudadanos, dejó en evidencia una serie de temores políticos que impidieron la democratización del poder para favorecer su monopolio en manos de los criollos, afirmación que se hace posible por la aplicación del estructuralismo como método de trabajo.

Palabras clave:

Derechos, participación política, representación, raza, exclusión.

* El presente artículo corresponde a un producto de la tesis “El fin de la esclavitud en Colombia. Trasfondo económico y político del derecho a la libertad en las leyes de manumisión de 1814, 1821 y 1851”, presentada por la autora para optar al título de doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia).

** Licenciada en Ciencias Sociales, especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, máster en Historia y doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Docente de pregrado y posgrado de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia); líder de la línea de historia del derecho del Grupo de Investigación Derecho Público de la misma universidad. Vicepresidenta del Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho y del Instituto Colombiano de Historia del Derecho. Correo electrónico: jacqueline.blanco@unimilitar.edu.co

THE COLOR REVOLUTION AND THE LIMITATION OF THE POLITICAL RIGHTS TO THE COLOMBIAN PEOPLE DURING THE EARLY REPUBLIC

Summary

The theme of this article relates to the rights given to the Colombian people during the first years of republicanism. The topic refers to a political struggle within the social conglomerate, a scenario where republicanism had granted them the status of citizens and subject of rights, and thus it reserved to itself the access to political participation based on racial issues.

The formulated question is: ¿Why did the Colombian Republic in its early constitutionalism overlook the access to political rights of all the people governed? At the end, it will be displayed that the transition from both colony to republic and vassal to citizen condition, left as evidence a set of political fears that prevented the democratization of power to favor their monopoly on creole's hands. This assertion is made possible through the use of structuralism as a work method.

Keywords:

Rights, political participation, representation, race, exclusion.

A REVOLUÇÃO DAS CORES E A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS PARA OS COLOMBIANOS DURANTE A PRECOCE REPÚBLICA

Resumo

O tema deste artigo esta relacionado com os direitos concedidos aos colombianos durante os primeiros anos de republicanismo. A questão refere uma luta política no interior do conglomerado social, cenário onde o republicanismo os tinha colocado no status de cidadãos e sujeitos de direitos, e, assim, reservava-se o acesso à participação política em razão à raça.

A pergunta feita é: por que a República da Colômbia em seu constitucionalismo precoce não olha para o acesso aos direitos políticos de maneira geral a todos os governados? No final, vai-se mostrar que a transição da colônia para a república, a partir da condição de vassalos a cidadãos, evidenciou uma série de medos políticos que impediram a democratização do poder para favorecer seu monopólio nas mãos dos crioulos, afirmação que se faz possível aplicando o estruturalismo como método de trabalho.

Palavras-chave:

Direitos, participação política, representação, raça, exclusão.

Introducción

El tema que se aborda en el presente artículo es la limitación al acceso y ejercicio de los derechos políticos de los miembros no blancos de

la sociedad colombiana de la primera mitad del siglo XIX. Dicha restricción se aprecia desde la condición racial que condenó a este sector a

una especie de inferioridad intelectual o de no preparación para participar de la construcción del Estado.

La expresión *revolución de los colores* corresponde a un concepto utilizado en el periodo pre y posindependentista, así puede encontrarse en los discursos de los políticos o en los semanarios cuyas columnas aludían a situaciones sociales y políticas del momento. Jorge Conde Calderón se aproxima con su interpretación al sentido que la expresión cobra en este artículo: se trata del rechazo a la participación de los “no blancos” en los destinos del Estado recién independizado (Conde, 2009).

Los no blancos o protagonistas de la revolución de los colores eran los “mestizos, mulatos, pardos, zambos y toda la variedad de mezclas posibles fruto de los cruces raciales (un sector) percibido por la Corona y las élites criollas no solo como inferior, sino también como una amenaza contra el orden” (Reyes, citado en Rodríguez, 2006, p. 50).

En esta misma línea, el título señala que el marco temporal es la temprana república, que no es otra que la República de Colombia creada en 1821, con algunas menciones a los años anteriores y que correspondieron a la posindependencia, luego de 1810. Así mismo, el temprano constitucionalismo nace con la primera Constitución del orden nacional, sancionada en 1821 y que dio el nombre de República de Colombia.

La temática referida obliga a reconocer la existencia de un problema de investigación que debe tratarse desde la historia del derecho, el cual es: ¿por qué la República de Colombia en su temprano constitucionalismo no contempló el acceso a los derechos políticos de manera general a todos los gobernados?

Al respecto, es preciso indicar que la república no logró superar los condicionamientos raciales heredados de la colonia al considerar que solamente la raza blanca, en razón de sus capacidades intelectuales, estaba llamada a dirigir y gobernar

el nuevo Estado, en tanto que los indios, negros y todas las mezclas habían nacido para obedecer. La restricción del ejercicio político terminó siendo una estrategia que conservó el lugar de los criollos en el poder, mientras se anunciaban las medidas sociales que harían posible el estado de preparación intelectual necesario en los demás miembros de la sociedad. Sin embargo, dichas medidas tardaron en llegar y el poder se concentró cada vez más en aquel restringido círculo que mantuvo alejados a los ciudadanos del derecho a elegir y a ser representados, y así se difirió la vinculación real de una buena parte de la población en las agendas del Estado.

Metodológicamente se adoptó el estructuralismo para lograr ese punto intermedio entre la historia y el derecho. De acuerdo con Alberto Montoro (1982) el estructuralismo aplicado al derecho busca la comprensión de los fenómenos sociales desde la red de relaciones que los determinan, identificando las leyes de las estructuras y su evolución. Resulta entonces que el estructuralismo es para la historia del derecho un método que permite el abordaje de los problemas a partir de su propio contexto, y de los elementos que rodearon y provocaron los sucesos que se estudian, aquellos que por lo general están detrás del problema y que a primera vista no parecieran formar parte de este, pero que son, sin lugar a dudas, causas eficientes y formales en su evolución.

De este modo es como se puede apreciar la influencia del tema racial en una importante decisión jurídica que afectó notoria y prolongadamente a un sector social en cuanto le negó y le excluyó de su voz política como miembro de un Estado liberal y republicano. El abordaje de la materia desde la historia del derecho se enmarca en la línea de trabajo que desde 2008 impulsa el Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho, siendo esta –la historia del derecho– una disciplina bastante joven en Colombia que busca la explicación histórica del derecho en su desarrollo latinoamericano, es decir, con perspectivas autónomas y originales.

A. Las razas y las castas en la sociedad colombiana

Después de la Conquista fue muy difícil controlar el crecido número de mezclas raciales que fueron apareciendo, pero por acelerado y fuerte que hubiera sido este fenómeno no consiguió acabar con los indios y los negros en su composición racial original. Una inevitable situación que transformó el cuadro social colonial fue el veloz proceso de mestizaje que, incluso, redujo la cifra de blancos puros frente a los demás grupos raciales. Al respecto, resulta pertinente examinar las reflexiones hechas en 1789 por el padre Joaquín de Finestrada (2000):

Otra casta de gentes hay que se alimentan de la sobrada embriaguez y ociosidad, amigos de la libertad desenfrenada, sin ninguna aplicación al cultivo de las tierras, las más fértiles y pingües. Semejantes a los árabes y africanos que habitan los pueblos meridionales, tales son los indios, los mulatos, los negros, los zambos, los salto atrás, los tente en el aire, los tercerones, los cuarterones, los quinterones y cholos o mestizos [...] Estas son las gentes que habitan el Nuevo Reino y es infinito el número de ellas. Se han multiplicado tanto que es imposible subsistir pueblo tan crecido si se permite la holgazanería y no se les destina a las tareas del campo (pp. 135-136).

En los diversos estudios censales que se realizaron entre el siglo XVIII y comienzos del XIX no fue posible encontrar las mezclas raciales tal como fueron mencionadas por el padre De Finestrada; por el contrario, existió una tendencia a la asimilación, es decir, que eran nombradas como blancos, negros, mestizos o indios, como razas principales, y en casos muy particulares se contaban como libres o esclavos. Entonces, fue la raza uno de los más importantes motivos que definieron la desigualdad. Acerca de la desigualdad por condición racial, el norteamericano Grimké (1870) expuso lo siguiente:

Según todas las leyes que hasta aquí han regido el curso de la civilización, el África debía haberse civilizado tan pronto como la Europa [...] No podemos hallar otra explicación ulterior, que la de que hay una distinción inherente e indeleble entre las dos razas, que retiene estrechamente la una dentro de un cierto límite, y permite a la otra extenderse más allá de él (p. 119).

De vuelta a Colombia, los diversos grupos raciales que poblaron el territorio fueron conocidos como “libres de todos los colores” (Garrido, citado en Jacobsen y Aljovín, 2005, pp. 179-180) y se dedicaban a cumplir funciones entre la servidumbre, eran la población más pobre, pero conservaban su libertad. Dependiendo de la región que habitaran, los “libres de todos los colores” eran diferentes:

En los altiplanos orientales la gran mayoría de libres eran mestizos, dado el predominio indígena y la baja proporción de negros en esta región [...] En Antioquia, el Chocó y la Costa Atlántica, los libres representaban entre un 55 y un 65 por ciento de la población, con predominio de los componentes indígena y africano. En la jurisdicción de Medellín, una cuarta parte de la población de 1778 era mestiza, y una tercera parte, mulata o negra libre. En el Cauca también había una presencia significativa de mestizos y mulatos (Palacios y Safford, 2005, p. 135).

Claudia Leal en el capítulo titulado “Usos del concepto ‘raza’ en Colombia” incluye tres interesantes citas que describen física, ética y culturalmente a cada uno de los tres sectores, distinguidos por la clasificación por castas en la Nueva Granada. Del blanco-criollo se afirmaba: “[es] bello y distinguido, talla robusta, tez blanca, fina y transparente, la nariz bien perfilada, la barba espesa, el pie pequeño, de andar fácil y elegante, voz suave y fino de timbre, cordial” (Samper, 1969, p. 95); del indio se anotaba: “[E]s leal por veneración y respeto más que por amor, metódico, laborioso, respetuoso de la propiedad ajena, hábil para las artes manuales,

es religioso, obedece mucho y discurre poco” (Arboleda, 1972, pp. 85-86); y del negro se comentaba: “se muestra en toda su fealdad de tres maneras: a bordo del champan o bote, en la playa, bailando el currulao, y en su rancho, a la orilla de un río, gozando del dulcísimo farniente del salvaje” (Samper, 1969, p. 96).

Por un tiempo, el tradicional discurso de la determinación natural de la existencia de una sociedad estratificada a partir de su origen racial o condición política, social y moral, se aceptó acríticamente y sirvió de base para inspirar una forma de tratamiento diferenciado con respecto a las autoridades y a las normas, pero en algún momento llegó una percepción distinta que les permitió a los negros defender sus particularidades; las acciones tomadas a favor de sí mismos fueron tachadas de revolucionarias, de “pardistas” (Garrido, 2005, p. 177).

Don Francisco José de Caldas, conocido como un hombre sabio, más que ilustrado, había escrito *Del influjo del clima sobre los seres organizados*, que publicó en varias entregas en el *Semanario de la Nueva Granada* en mayo de 1808. El objeto del texto era mostrar la clasificación de los habitantes de la Nueva Granada de acuerdo con el lugar que habitaran, y para complementar la descripción hecha por don José María Samper (presentada en párrafo anterior) se incluye la versión del docto De Caldas acerca de los negros y la influencia determinante que sobre ellos pudo haber tenido el ardiente trópico africano:

Muchos naturalistas han observado que todas las producciones africanas manifiestan en su hábito y aspecto la aspereza del clima en que han nacido. Los negros son una prueba palpable de esta aserción: su carácter moral se compone de todas aquellas pasiones, que hacen al hombre duro, y poco sociable; en efecto, junto con su extremada robustez, se nota su torpeza en las facultades intelectuales, que los hace tercos para sostener sus caprichos, soberbios para no reconocer su inferioridad y estado miserable, y tontos para

resistir a cualquiera instrucción que se les quiera dar (De Caldas, 1849, pp. 19-20, citado en Ortega, 2002, p. 127).

Años después, Florentino González señaló que la raza no había sido determinante en las decisiones políticas tomadas por los reformadores, y “rechazó la idea de que, contrariamente a la ‘raza anglosajona’, la ‘raza española’ fuera ‘indolente, perezosa, turbulenta, enemiga de novedades, supersticiosa’, que no fuera ‘buena para las instituciones democráticas’, las cuales contrariarían ‘todos sus hábitos’” (González, 1981, pp. 337-345, citado en Vanegas, 2010, p. 25). Pero cuando apenas habían corrido diez años, en 1863, el mismo González Vargas cambió de opinión: “Nada tenemos de común con los indios ni con los africanos, que tienen instintos y tendencias bárbaras y adversas a la civilización” (1981, pp. 337-345, citado en Vanegas, 2010, p. 26).

Una afirmación que no podía considerarse como cierta era que los blancos en América fueran la mayoría poblacional, como lo aseveró el señor Torres en su *Memorial de agravios* de 1809; tampoco podía ser verdad que los naturales fueran “casi nada”, numéricamente, y en definitiva no puede admitirse el desconocimiento a la población negra:

Dentro de cincuenta a sesenta años a lo más tarde, Colombia será habitada solamente por hombres libres, los indios se habrán mezclado con la raza europea y con la africana, resultado una tercera, que según la experiencia no tiene los defectos de los indígenas; finalmente las castas irán desapareciendo poco a poco de nuestro suelo (Espinosa, 1823, p. 15, citado en Helg, 2011, p. 290).

Puede decirse entonces, que la república no puso fin a la odiosa clasificación social cultivada durante la colonia española; por el contrario, estuvo en manos de los hombres de Estado negar el acceso social a ciertos sectores de la población quienes por su condición racial

fueros excluidos de los planes y proyectos del Gobierno, así como de la participación política para defender y promulgar sus derechos. En este sentido, siguiendo a Carrera Damas (1986), un temor a “que la democracia en Hispanoamérica acabara con el mandato de las élites” (s. p.), como se verá enseguida.

B. La retórica liberal por la inclusión

Durante la Independencia y, con menor frecuencia, en tiempos de la república, fue posible percibir la llegada de un cierto lenguaje político que adornaba los acalorados discursos liberacionistas. Se trataba de contribuciones novedosas a la retórica revolucionaria, cuyo papel era encantar a la población receptora, particularmente a los comuneros y lugareños que atendían el llamado de los letrados neogranadinos.

Algunas de las expresiones utilizadas durante la Independencia, leídas desde su propio significado y desde su articulación lingüística con el contexto fueron libertad, igualdad, ciudadanía, soberanía, democracia, pueblo, república y nación. Siguiendo al historiador alemán Reinhart Koselleck a partir de la interpretación hecha por Alexandre Escudier (2009), en “‘Temporalisation’ et modernité politique: penser avec Koselleck”, más ampliamente desarrollada en *Conceptos políticos, tiempo e historia: nuevos enfoques en historia conceptual* (Fernández y Capellán, 2013), “los problemas epistemológicos [están] relacionados con el advenimiento de la nueva temporalidad asociada a la modernidad política” (Fernández y Capellán, 2013, p. XXXIV), hecho que genera una historización de los lenguajes. Esto no es diferente a la forma como se reinterpretan las realidades con base en los movimientos temporales que producen cambios.

La improvisación en el uso del lenguaje político llegó a convertirse en un dilema porque después de la fascinación discursiva que despertaron entre los pobladores sobrevino la reclamación por las promesas anunciadas. Más temprano que tarde, el lujoso estilo que sirvió a los independentistas

para cautivar al pueblo fue comprendido por este (Ávila, Dym y Pani, 2013).

La expresión *pueblo*, por ejemplo, pretendía involucrar a todos los habitantes del lugar en las acciones y situaciones del momento; si a esta se agregaba el vocablo *soberano*, además de sonoramente liberal y vanguardista, se hacía referencia a un tipo de empoderamiento político de todos los actores frente a las decisiones y proyectos (Loaiza, 2012). Los alcances conceptuales que implicaba esta expresión no se midieron con suficiencia; la magnitud de su significado arrancaba el gobierno de las pocas manos en las que se hallaba para hacer depositario de este al pueblo, al común, indicando además que era este el encargado de dar cuenta de la satisfacción y bienestar que sus delegados le propiciaran. El gobierno ejercido por representación del pueblo era entonces temporal, nunca vitalicio, como fue en la monarquía.

Ahora bien, el pueblo al cual aludían los ilustrados no era otro que esa numerosa población de la Nueva Granada dedicada a la agricultura, la artesanía, la minería y el servilismo. Se trataba de un sector social no alfabetizado, sin ningún tipo de propiedad, negros, indios, mestizos y libres de todos los colores (Bolívar, 1975), como fueron llamadas las diversas mezclas; el mismo sector al que se refirió Bolívar en Angostura con el nombre de *ciudadanos pasivos* (Bolívar, 1975) y del que había advertido a los legisladores su desconfianza al hacerlos portadores de derechos políticos: “Poniendo restricciones justas y prudentes en las asambleas primarias y electorales, ponemos el primer dique a la licencia popular, evitando la concurrencia tumultuaria y ciega que en todos tiempos han imprimido el desacierto en las elecciones [...]” (Bolívar, 1975, s. p.).

“El pueblo en masa no podía ni debía escribir las leyes; por tanto, el pueblo necesitaba representantes, confiaba su porvenir a gente escogida” (Loaiza, 2012, p. 240). Lo que se observa, desde el plano político, es una transferencia del poder general a un selecto grupo de hombres instruidos, formados con la capacidad requerida

para asumir los destinos del “pueblo”, portadores del título de ciudadanos, y para mayor seguridad los declaró legítimos gobernantes. En adelante, aparecería oficialmente la delegación del pueblo en los notables representantes que tomarían las decisiones más trascendentales a su nombre, pero sin contar con sus necesidades.

Por otra parte, el sustantivo *nación* fue uno de los que frecuentemente se emplearon como sinónimo de Estado y patria (König, 1994). Don Andrés Bello, uno de los más distinguidos académicos latinoamericanos, afirmó que la “Nación o Estado es una sociedad de hombres que tiene por objeto la conservación y felicidad de los asociados; que se gobierna por leyes positivas emanadas de ella misma, y es dueña de una porción de territorio” (citado en Conde, 2009, p. 253). Bello no se equivocó al dar una asignación sociológica al término y al señalar que el eje central del concepto es una *sociedad de hombres*, pero hizo equivalentes dos conceptos ciertamente diferentes: nación y Estado.

Siguiendo al profesor Alfonso Múnera (1998), en los comienzos del proyecto político propuesto por las élites criollas no existía el propósito de formar una nación, pues en su momento lo que puede considerarse un cuerpo de nación no fue de interés primario para los gobernantes. En este sentido, el profesor Fernando Iriarte, en su libro *País plural. Ensayo sobre los colombianos*, sostiene que “el proyecto nacional surgido antes o inmediatamente después de la independencia de España se limitó a las élites y no tomó en consideración ni a indígenas ni a negros” (citado en Rodríguez, 2006, p. 226).

La discusión acerca de si hubo o no una nación en los tempranos años de la república en Colombia obedece a la inexistencia de estos dos últimos sectores sociales en los planes del gobierno; claro está, también los mestizos, zambos y mulatos se vieron segregados de lo que política, social, civil y económicamente implicaba ser nación. Por su parte, Marco Palacios señala que “la nación parece ser el proyecto formulado en términos burgueses por las oligarquías locales

que sin éxito tratan de acompañarse con los ideales propios de la modernidad” (citado en Vanegas, 2010, p. 31), como si fuera una idea concebida exclusivamente por el grupo líder, sin importar que involucrara a los demás miembros del conglomerado social.

“La idea de nación que manejaron los criollos giró en torno a la noción de igualdad que debía caracterizar la sociedad”¹. La nación fundada en la igualdad exigía dos condiciones: la raza, un componente físico que hacía a unos inteligentes para gobernar y a otros fuertes para trabajar y obedecer; y la educación, como una estrategia de aculturación y civilización. El modelo por seguir eran los blancos, por eso se le llamó *blanqueamiento* al proceso de hacer a los demás tan cultos como los herederos de los españoles, además porque fueron ellos quienes concibieron un concepto de nación desde sus propias perspectivas. En el camino no se descartó la posibilidad de superar tan exigente tarea con un medio más práctico, la extinción de las razas por la vía del mestizaje.

Para aumento de nuestra agricultura, sería igualmente innecesario españolizar nuestros indios. La indolencia general de ellos, su estupidez y la insensibilidad que manifiestan hacia todo aquello que mueve y alienta a los demás hombres, hace pensar que vienen de una raza degenerada que se empeora en razón de la distancia de su origen (Vargas, 1790, citado en König, 1994, p. 111).

¹ “El indígena considerado como una persona a tutelar durante el virreinato, se convierte en un personable, no es una persona, lo es en potencia y podrá serlo totalmente si sigue las vías del desarrollo, si se integra a la sociedad mexicana, en suma, solo si renuncia a su identidad y se ‘moderniza’ que no es otra cosa que una europeización (occidentalización) disfrazada [...] El proyecto de elaboración de una nación mexicana cancela de entrada toda inclusión indígena” (Ferrer y Bono, 1998, pp. 261-262). “La igualdad formal pretendía por todos los medios, una igualdad material” y “se puede llegar a la conclusión de que la legislación posterior a la independencia no estableció una igualdad jurídica total entre todos los habitantes de la república” (González, 1988, p. 46, citado en Narváez, 2007, pp. 23-24).

Por último, está el término *ciudadano* que, como se indica, sucedió a la expresión vasallo o súbdito. De acuerdo con König (1994), el fin de la palabra ciudadano, según la utilizaron los líderes del movimiento independentista, fue nominalmente generalizado como una estrategia para convocar la participación de todos los habitantes al lado de la causa revolucionaria. El nuevo llamado invertía la denominación de los otrora “leales súbditos” para colocarlos al nivel de “personas con derechos”, lo cual resultaba peligroso si se tiene en cuenta que abría el camino hacia una reclamación de derechos políticos, propios de los ciudadanos.

Como concepto, dicha voz tuvo tres acepciones de orden social y político: reemplazó el “don” usado durante la colonia para llamar a los notables de algún lugar; cumplió con la función social de designar a los miembros de la república independiente e indicar que su antigua condición de súbditos era inexistente, y fungió como un llamado que implicaba igualdad civil (Palacios y Safford, 2005).

De acuerdo con lo que señalan las Constituciones provinciales y republicanas, no fueron reconocidos como ciudadanos los niños, las mujeres, los hombres que mantuvieran algún tipo de dependencia económica con otro señor, los pobres, los vagos, los analfabetas, los negros y los indios:

[...] los hombres libres de color que cumplieran estos requisitos (a los que les permitían ser ciudadanos) disociaron su causa de la de aquellos miembros de la sociedad con mayores privaciones de derechos civiles, tales como los indigentes, los esclavos, los sirvientes, las mujeres y los indios (Helg, 2011, pp. 264-265).

Pese a que el carácter de ciudadano se estableció constitucionalmente, y que el imperativo general era el acatamiento de la ley, esta condición no comportó el acceso a la totalidad de los derechos por parte de estos: “Todo habitante de la Nueva Granada no es indistintamente

Ciudadano. El ejercicio de los derechos civiles es independiente de la cualidad de Ciudadano, que no se adquiere ni se conserva sino conforme a la ley constitucional”, había dicho don José Fernández Madrid en noviembre de 1815 (pp. 594-595). Entonces, la ciudadanía fue un título que identificó a los gobernados del ahora Estado independiente, pero no tradujo un compromiso político de fondo para con ellos.

Al igual que ocurrió con los conceptos de libertad e igualdad, la ciudadanía, no obstante haber sido acuñada como noción en Francia, terminó siendo una adaptación criolla, local, al servicio de una falaz propuesta integradora e igualitaria. Fue útil para denotar la existencia de los antiguamente excluidos, ahora convertidos en miembros de un Estado, por supuesto únicamente desde los derechos civiles, y para recordarles a los gobernados que la monarquía formaba parte de un doloroso pasado y que el vasallaje había terminado.

C. El pardismo, una amenaza social y política al oficialismo criollo

La denominación *pardismo* la otorgaron los criollos al grupo social de los pardos o “no blancos”, “no negros” y “no indios”, racialmente muy cercanos a los negros. La principal actividad de los pardos durante la Independencia estuvo en acciones militares y políticas. Algunos pardos históricamente importantes fueron el general José Prudencio Padilla, el coronel Juan José Rondón a quien se dirigió Bolívar el 25 de julio de 1819 durante la Batalla del Pantano de Vargas con la célebre frase “Coronel, salve usted la patria”, y el coronel Leonardo Infante; los dos últimos venezolanos de nacimiento.

En varias ocasiones los pardos hicieron temblar la autodesignación de los criollos en el gobierno y esto les generó el rechazo y la persecución de algunos de ellos. Una situación particular ocurrió en 1810, cuando el Cabildo de Cartagena estableció una junta suprema propia, conformada por doce miembros, presidida por el señor García de Toledo. La junta se creó como estrategia para

mantenerse al margen de los sucesos de Santa Fe, y conservar las prebendas que la Corona le había concedido a la provincia. El motivo que desestabilizaba la tranquilidad política de los criollos estaba en la determinación de haber aprobado la participación de “hombres de color” como miembros de la junta: “La inclusión de los afrodescendientes de los sectores populares en el proceso de elección (para el cargo de diputados) fue un cambio sociopolítico de grandes dimensiones” (Jiménez, 1947, citado en Helg, 2011, p. 226).

El acto más decidido que lideraron los pardos y los negros en Cartagena se dio el 14 de junio de 1810 cuando fue destituido el gobernador y en su lugar se nombró al coronel Blas de Soria, un mulato de origen humilde que contaba con el respaldo de los artesanos y de las gentes del barrio Getsemaní (Chaves, 2010).

Ciertamente, el temor por una avanzada política de los pardos se había generalizado, así lo manifestó el ministro del Interior de Colombia, don José Manuel Restrepo, en 1823:

Es muy crítica la situación en Colombia respecto de los pardos [...] En la provincia de Cartagena se han notado también en estos días semillas de desunión con los pardos. Se dice que promovidas por el senador Remigio Márquez, a quien se le ha mandado venir a la capital (Bogotá). Si pronto no tenemos una fuerte inmigración extranjera, la república corre mucho riesgo de una guerra civil intestina con los negros y mulatos, y Venezuela prontamente es perdida (1954, p. 222).

En cuanto a las formas de resistencia que mostraron los pardos a los criollos, Reid Andrews en explícita mención sostiene que “los pardos lucharon contra el racismo y la intolerancia de las élites blancas” (2007, p. 150). La afirmación alude al rechazo que manifestaron los pardos con relación a los criollos y su preferencia por mantenerse al lado de los realistas. Reid Andrews (2007), Carmen María Cremades y Antonio

Díaz (1991) coinciden en referenciar un acontecimiento protagonizado por los pardos, los negros y los llaneros de Venezuela a la cabeza de José Tomás Boves.

Entre 1812 y 1815, este grupo de hombres luchó al lado de los realistas y se enfrentó a los rebeldes independentistas para oponerse a sus intenciones de apoderarse de las tierras y del ganado, y establecer el control en la zona; así fue como lograron la retirada de Bolívar y su ejército y “así fue como se desencadenó en Venezuela una terrible lucha de razas y de castas entre negros y blancos, pobres y ricos. El grito de los llaneros de Boves en 1814 era: ¡Viva el Rey! ¡Mueran los blancos!” (Cremades y Díaz, 1991, p. 139).

La inconformidad de los pardos apuntaba al gobierno republicano como nuevo sistema en razón a la escueta política de privilegios dirigida a los blancos, probablemente –considera Margarita Garrido (2005)– sea adecuado hablar de un hecho de resistencia a la asimilación.

Don José Manuel Restrepo, “el historiador de Colombia”, en su libro *Historia de la revolución de la República de Colombia en la América meridional* (1858) describe cuidadosamente una serie de pormenores que alimentaron la contienda política por la independencia y, por supuesto, también habló acerca de la rivalidad entre los criollos y los pardos, de donde se extrajo la siguiente cita que permite conocer en parte el desarrollo de tan tensas relaciones:

Otro acontecimiento causó muy serios cuidados en el departamento de Venezuela. Tal fue, que a la madrugada del 9 de diciembre una pandilla de más de doscientos negros esclavos, acompañados de personas libres, armados todos de machetes, atacaron el cuartel de Petare con el ánimo de apoderarse de las armas y pertrecho que allí existían. Su grito era: Viva el Rey, y mueran los blancos. Felizmente vigilaban el comandante, que les opuso una vigorosa resistencia con solo catorce veteranos que tenía, y los obligó a

dispersarse, matándoles algunos y haciéndoles prisiones a otros. Al siguiente día los persiguió muy vivamente, consiguiendo que la mayor parte de esclavos, que eran de las haciendas de Cedrito y Mariches, volvieran a donde sus amos; otros siguieron a engrosar las filas del faccioso Cisneros. Diez y siete fueron aprehendidos, y después de seguirseles sus procesos, un par de los más culpables sufrieron la pena de muerte (Restrepo, 1858, pp. 27-28).

En lo que respecta a la Nueva Granada, menciona Sourdis Nájera (2010) que el episodio de inconformidad de los pardos se presentó en Cartagena el 11 de noviembre de 1811, cuando la ciudad fue declarada independiente de España. La declaración de Cartagena como un Estado libre, soberano e independiente se debió a la actuación principal de los hermanos Gabriel y Germán Gutiérrez de Piñeres, con el respaldo de los sectores populares y el ejército de pardos guiado por Pedro Romero, quienes se enfrentaron a la Junta de Gobierno que dirigía José María García de Toledo; estos últimos, defensores de la autonomía pero con reconocimiento de la monarquía. Así las cosas, la discrepancia entre los radicales y los regentistas, como los denomina Sourdis Nájera (2010), se concretó en 1812 con la Constitución del Estado de Cartagena de Indias (Uribe, 1985).

Años después, en 1828, otra manifestación que preocupó al Gobierno la lideró el general Padilla, a quien se le acusó de reunir

[...] a algunos oficiales afrodescendientes y les dijo que “estaba a la cabeza del pueblo” para proteger su libertad y la Convención de Ocaña, porque, si la “corona” (es decir, la Constitución de Bolívar) lograra “verificarse”, “nos darían una patada” por ser pardos².

² “Proceso por los tumultos de Cartagena levantado por el general Mariano Montilla [...] contra el general Padilla y los oficiales que se negaron a firmar la representación militar contra la convención de Ocaña [12 de marzo de 1828]” (Torres, 1990, p. 331, citado en Helg, 2011, p. 361).

Ahora bien, el comportamiento de los pardos despertó una serie de antipatías y malos comentarios por parte de los blancos que quisieron monopolizar la dirección de la guerra y del Gobierno. Entre los más decididos opositores que tuvo el movimiento pardócrata estuvo el general Simón Bolívar. La historia de Colombia le entregó a Bolívar un sitio de honor al reconocerlo como el “héroe de América” y el “libertador” de naciones; no obstante, se han revelado algunos documentos que contienen expresiones que dejan al descubierto el carácter discriminatorio de este genio militar.

Uno de ellos está fechado en 1825, y trata de la problemática política que vivía Venezuela: “Hay federalistas y hay godos, pero todo esto valdría bien poco si no hubiera castas”³. En el mismo documento, refiriéndose al general Padilla, aseveró:

La igualdad legal no es bastante para el espíritu que tiene el pueblo, que quiere que haya igualdad absoluta, tanto en lo público como en lo doméstico; y después querrá la pardocracia, que es la inclinación natural y única, para exterminio después de la clase privilegiada. Esto requiere, digo, grandes medidas, que no me cansaré de recomendar⁴.

En otros documentos, como el escrito en 1826 y dirigido al general Juan Paz del Castillo, sostiene: “De Guayaquil me han escrito bastante alarmantes con respecto a la pardocracia [...] tenga Ud., pues, mucha vigilancia y avíseme con tiempo, para poder hacer yo lo que se pueda a fin de impedir tamaños males” (Lecuna, 1929, p. 262, citado en Conde, 2009, pp. 185-186); también en 1826 le escribió al general Santander lo siguiente:

³ Puede verse Francisco de Paula Santander a Simón Bolívar (6 de marzo de 1825). En *Cartas Santander-Bolívar*. Bogotá: Fundación para la Conmemoración del Bicentenario del Natalicio y el Sesquicentenario de la muerte del general Francisco de Paula Santander, Biblioteca de la Presidencia de la República, 1988-1990, v. 4, p. 322 (citado en Helg, 2011, p. 294).

⁴ Puede verse “Bolívar a Santander” (7 de abril de 1825). En Lecuna (1947, citado en Helg, 2011, p. 344).

Le temen a los ingleses por ligarse con ellos, y no le temen a la revolución de los colores, porque el pueblo es muy sumiso [...] mi hermana me dice que en Caracas hay tres partidos monárquicos, demócratas y pardócratas [...] demagogos (amigos de Páez) sugieren ideas napoleónicas [...] esos caballeros han sido federalistas primero, después constitucionales y ahora napoleónicos, luego no les queda más grado que recibir que el de anarquistas, pardócratas o degolladores (Lecuna, 1929, pp. 222-223, citado en Conde, 2009, pp. 185-186).

Llama la atención la posición antipardócrata de Bolívar, luego de años de confianza y credibilidad en su espíritu libertador, además de las numerosas páginas de la historia latinoamericana en las que se retrata y resalta su entrega y sacrificio en defensa de los derechos y las libertades de los oprimidos de América. Es probable que la reacción de Bolívar frente al movimiento pardócrata hubiera sido el resultado del enorme temor que le produjo pensar en una posible pérdida de la autoridad y del manejo del poder político, concentrado en él y en los de su clase; es decir, como una prevención ante el futuro político al que se enfrentaba la Nueva Granada, como lo expresó Jorge Conde Calderón: “Las permanentes alusiones de Bolívar a los ‘colores’ pueden generar la impresión de que fue enemigo acérrimo de los pardos, y en general, de las gentes de color [...] Su interpretación de la pardocracia fue política” (2009, p. 127). En la misma línea, Aline Helg (2011) relata:

Bolívar no definió las medidas que consideraba necesarias, pero expresó su convicción inquebrantable de que la igualdad –y, por extensión, el poder de los pardos prominentes– deberá tener límites; de otra manera, los afrodescendientes dominarían y masacrarían a los blancos (p. 344).

Para John Lynch (2008) la reacción de Bolívar también es producto de una confrontación política que se veía venir inevitablemente:

[...] cuando la monarquía cayó en 1808, los criollos no podían permitir que se prolongara el vacío político; actuaron rápidamente para anticiparse a la revolución popular. Entonces tuvieron que aprovechar la oportunidad de obtener la independencia, no solo para arrebatarse el poder a España, sino, sobre todo, para impedir que los pardos se hicieran con él. Bolívar estaba aterrado por el dilema, consciente de que sobrevivirían a la independencia: “Un inmenso volcán está a nuestros pies. ¿Quién contendrá las clases oprimidas? La esclavitud romperá el fuego: cada color querrá el dominio” (p. 28).

La negación a los derechos políticos en virtud de su raza se convirtió en un búmeran social y político que con el nombre de “pardocracia” hizo temblar las estructuras hegemónicas de las élites, al punto de querer y pretender ahogar su fuerza social y política en intentos oficiales y legítimos, como el que se describe a continuación, practicado en los muy tempranos años de la independencia por el propio *libertador* Bolívar.

Se trataba de un episodio ocurrido el 8 de febrero de 1820, en el que el comandante de los libertadores ordenó al general Santander el reclutamiento de cinco mil esclavos para vincularlos a la guerra por la independencia:

Pediré Ud. a las provincias de Antioquia, Chocó y Popayán, 3000 esclavos a las dos primeras y 2000 a la última, que sean solteros todos, si es posible. Se les ofrecerá la libertad desde el momento que salgan de su país, y dos años después de haber entrado a servir, se les dará su licencia absoluta para que gocen de su plena libertad⁵.

Santander replicó a Bolívar acerca del encargo, objetó la decisión por los problemas que le podían sobrevenir al Gobierno, dado que la orden implicaba una expropiación a los esclavistas y

⁵ Puede verse “El General Bolívar llama a las armas a 5000 esclavos y les ofrece la libertad”. En <http://negrosyesclavos.archivogeneral.gov.co>

un desconocimiento al derecho a la propiedad⁶; además, expresaba Santander:

Sobre el artículo de instrucciones al general del ejército del sur que habla de declarar la libertad de esclavos [...], debo observa a V.E. que [...] en Cauca los esclavos pertenecen a familias desahucadas y la riqueza de la provincia no está fincada en las minas. En Chocó y Antioquia toda la esclavitud pertenece a familias afectas al sistema, y su riqueza es exclusivamente la mina. Quitados los brazos que las trabajan, no sé cómo o con qué cubrirán el déficit en dichas provincias, al menos en estos tiempos en que ni hay comercio ni agricultura (Cortázar, 1953, citado en Hernández, 1956, pp. 50-51).

Santander quiso advertir a Bolívar de lo contraproducente de la medida; incluso apartándose del concepto de independencia que él mismo compartía, le señaló acusadoramente que

[...] “su” libertad [de los esclavos], no podía atentar contra el orden establecido, como si se tratara de una decisión *a priori* de irremediables consecuencias: “Hablo a

Usted de oficio sobre esclavos: esto solo es para que, si algún resultado desastroso trae su libertad, no se me acuse de no haberlo hecho presente. Yo tengo mucho miedo a la opinión pública [...]” (Cortázar, 1953, citado en Hernández, 1956, pp. 50-51).

La decidida posición de Bolívar no dio cabida a la preocupación de Santander, y una vez más le ratificó el encargo: “Usted se ha equivocado, me parece, confundiendo la libertad de los esclavos con la leva de esclavos para el servicio. Ya contesté de oficio sobre este particular, y reitero mi demanda de los tres mil jóvenes del Sur” (Cortázar, 1953, citado en Hernández, 1956, p. 51). Por el tono utilizado en el cruce de correspondencia, es evidente que la medida fue uno de los desacuerdos entre estas dos célebres figuras, cada uno convencido de sus propios argumentos:

Cuando consulté a Usted sobre la libertad de esclavos, no dudaba de que Usted pudiese o no dictar sobre ella, ni había visto el Decreto del Congreso. Fue solo para tener una regla de mi conducta en las mil reclamaciones que harían los propietarios, que subsisten exclusivamente de la esclavitud. Si estos tuviesen la filosofía de Montesquieu, nada tenía yo que temer; pero como su Montesquieu es el interés, no sabía cómo evadirme a sus reclamaciones (Cortázar, 1953, citado en Hernández, 1956, p. 52).

Finalmente, Santander recibió y acató el encargo hecho por Bolívar pese a su desacuerdo.

Bolívar no desconoció del todo las prevenciones de Santander, especialmente cuando aludía a las razones económicas y sociales que reclamarían los esclavistas, pero Bolívar decidió jugarse el éxito de la empresa y refirió una respuesta indicada para cada una de las partes: primeramente, estaban los esclavos a quienes quería convencer de que sus servicios a la patria les hacían merecedores de la libertad, un gesto magnánimo que les otorgaba parte de los beneficios de la independencia. No obstante, el interés

⁶ “A comienzos de 1816, durante la etapa de Reconquista, doña Antonia Gómez Humarán, avecinada en Cartagena, denunció públicamente que de su hacienda Santa Cruz en el partido de Mahates se habían extraído por orden superior 13 esclavos (7 hombres y 6 mujeres) que fueron ubicados en el servicio de los hospitales del cuartel general realista. Para esta dama era primordial la restitución de sus criados en torno a reactivar la producción de sus tierras. Hechas las averiguaciones del caso, se confirmó que algunos de los referidos negros fueron ocupados durante el bloqueo de la plaza en la asistencia de los enfermos del ejército español mientras que otros servían en la policía. No habiéndose procedido por alguna providencia legal al embargo de dichos esclavos, el gobernador Gabriel de Torres estimó que lo correcto era la inmediata restitución de las piezas a su legítima ama. Sin embargo, para dicha de ella este mandato no tuvo inmediata aplicación. Todavía en 1822 seguía preocupada por el paradero de dos de sus negros que había sacado arbitrariamente el teniente coronel Antonio Durán a quien se le conminó a devolverlos o a entregar lo correspondiente a su justa tasación, ya que las informaciones recogidas apuntaban a que este oficial los había vendido o empeñado” (AGN, Sección República. Fondo Miscelánea, t. 201, ff. 1r-16v, citado en Pita, 2012, pp. 232-233).

real se dirigía a la defensa de su grupo y de su clase, la misma condición que expresó frente al movimiento pardista, y que ya fue tratado: “los españoles no matarán los esclavos, pero matarán los amos y entonces se perderá todo [...]” (Cortázar, 1953, citado en Hernández, 1956, pp. 52-53).

Bolívar no concebía que quienes estaban capacitados para gobernar tuvieran que exponer su vida para liberar a quienes no podían encargarse de los manejos de la política; además, veía en la guerra una oportunidad para debilitar a la población negra:

¿Qué medio más adecuado ni más legítimo para obtener la libertad que pelear por ella? ¿Será justo que mueran solamente los hombres libres por emancipar a los esclavos? ¿No será útil que estos adquieran sus derechos en el campo de batalla, y que se disminuya su peligroso número por un medio poderoso y legítimo? (Lecuna, 1821, p. 152, citado en Lynch, 1976, p. 295).

Bolívar encontró en la guerra el medio más eficiente para conceder la libertad a los esclavos, ganada por su heroica actuación militar, y para reducir de manera legítima el crecido número de estos, y evitar así el tener que reconocerlos como parte de la vida política del Estado. Esta última era la mayor prevención del Libertador, era el mismo temor que había hecho público en su discurso en Angostura:

Necesitamos de hombres robustos y fuertes acostumbrados a la inclemencia y a las fatigas [...], hombres que vean identificada su causa con la causa pública, y en quienes el valor de la muerte sea poco menos que el de su vida (Lecuna, 1953, citado en Hernández, 1956, p. 54).

D. De la libertad social al ejercicio de los derechos políticos

En el proceso de consolidación de la nación que buscó la nueva república fue muy importante

la decisión liberal de dispensar la libertad a los esclavos en 1851, curiosamente, luego de treinta años de iniciado el republicanismo. Haberle concedido la libertad a los esclavos significó el comienzo de una sociedad igualitaria, nunca en sus propias características, mas sí desde el reconocimiento de los derechos civiles y políticos que le correspondían. La discusión acerca de la libertad para los colombianos esclavizados provino de los modelos estadounidense, en 1780; inglés, en 1787; francés, en 1794; haitiano, en 1804; y el más cercano y definitivo para el territorio nacional, el que provino de Cádiz en 1811.

El 19 de marzo de 1812 fue juramentada la Constitución de Cádiz, figurando entre uno de sus importantes logros la proclamación de una gran nación española: “La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios” (Constitución de Cádiz, 1812, título II, cap. IV, art. 18). La Asamblea que expidió la Carta Política de Cádiz acordó dar autonomía en el manejo del tema de la esclavitud en cada una de las entidades territoriales representadas, así las cosas, México, por ejemplo, mediante el decreto constitucional de Apatzingán de 1814 proclamó la ciudadanía a los indígenas con ejercicio de los derechos civiles y políticos (Constitución de Apatzingán, 1814, caps. II y V), fijando como única condición la vecindad: “El voto parroquial pudieron ejercerlo también los analfabetas, ya que en ese nivel era ‘cantado’” (Vásquez, citado en *Estudios interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, 1997, s. p.).

Pese a lo anterior, la Constitución de Cádiz estableció restricciones a la ciudadanía y al ejercicio de los derechos políticos, de la forma que sigue: “3°. Por el estado de sirviente doméstico; 6°. Desde el año 1830 deberán saber leer y escribir” (Constitución de Cádiz, 1812, título II, cap. IV, art. 25), de modo particular, esta reserva constitucional terminaría redundando en la práctica si se observa que un grueso de la población estaba sometido a la esclavitud, al servicio doméstico en calidad de dependiente y al analfabetismo.

En la Nueva Granada, la misma formalidad se cumplió en las denominadas Constituciones Provinciales, de las cuales se puede leer: “Los indios gozan de todos los derechos de ciudadanos y tienen voz y voto en todas las elecciones, como los demás de esta república” (Constitución de Cundinamarca, 1812, art. 1, no. 24), sin embargo, en la realidad política interna el ejercicio de la representación fue limitado y ni siquiera se trataba de una consecuencia lógica contenida en la categoría de ciudadano:

Desde hoy mismo entran los indios en sociedad con los demás ciudadanos de la Provincia a gozar de igual libertad y demás bienes que proporciona la nueva Constitución, a excepción del derecho de representación que no obtendrán hasta que no hayan adquirido las luces necesarias para hacerlo personalmente (Acta de la Constitución del Estado libre e independiente del Socorro, 1810).

La Constitución de 1821 conservó los mismos impedimentos al momento de caracterizar el perfil del sufragante electoral:

[...] 3º. Saber leer y escribir; pero esta condición no tendrá lugar hasta el año de 1840; 4º. Ser dueño de alguna propiedad raíz que alcance el valor libre de cien pesos. Suplirá este defecto el ejercitar algún oficio, profesión, comercio o industria útil, con casa o taller abierto sin dependencia de otro en clase de jornalero o sirviente (Constitución

de la República de Colombia, 1821, título III, art. 15, nos. 3 y 4).

El mismo condicionamiento se mantendría hasta la Constitución de 1853, dos años después de decretar la libertad general y definitiva a los esclavos, cuando a la letra dispuso: “Son ciudadanos los varones granadinos que sean, o hayan sido casados, o que sean mayores de veintiún años” (Constitución Política de la Nueva Granada, 1853, cap. I, art. 3); el establecimiento de la edad, el género y el estado civil, como únicas condiciones para la obtención de la ciudadanía se logró en virtud de la reforma social sufrida en el cuerpo de gobernados, el cual debía ser necesariamente impactado en materia constitucional.

Ahora bien, el estado de libertos a que dio tránsito la ley de 21 de mayo de 1851 y que hizo ciudadanos a la totalidad de los colombianos, para entonces granadinos, no implicó el ejercicio de los derechos políticos. Los huidizos derechos políticos, con tanto celo reservados para los ciudadanos activos o ilustrados, libres y propietarios, constituían una amenaza en manos de los ciudadanos pasivos. El derecho a elegir y a ser elegido era una forma de empoderamiento político que, a toda costa, debía limitarse.

Un detallado panorama poblacional conocido entre 1825 y 1851 revela parte de la población que socialmente no era tomada en cuenta por su género, edad, condición económica o racial, como se muestra en la tabla 1.

Tabla 1. Población masculina que habitaba en la Nueva Granada entre 1825 y 1851

Año	Hombres				
	Eclesiásticos	Casados	Jóvenes y párvulos	Solteros	Esclavos
1825	1564	197 003	259 470	121 955	20 730
1835	1542	234 988	363 982	191 102	18 194
1843	1664	239 927	452 183	219 211	11 546
1851	1672	268 813	525 492	285 605	7046

Fuente: Urrutia y Arrubla (1970, tablas 2, 3, 4, 5 y 6).

Los resultados censales tomados del libro *Compendio de estadísticas históricas de Colombia* de Miguel Urrutia y Mario Arrubla (1970) corresponden al estudio poblacional ordenado por el gobierno de 1825, 1835, 1843 y 1851, con un tiempo de ocho y diez años entre uno y otro censo. En un término de 26 años el crecimiento poblacional masculino fue del 81,21 %, repartido así: el 34,80 % en los primeros diez años (entre 1825 y 1835), 14,16 % para los ocho años siguientes (de 1835 a 1843) y 17,74 % para los últimos ocho años (de 1843 a 1851). El total de la población masculina registrada a lo largo de los 26 años fue de 3423689. Como se recordará, solo los varones podían tener acceso a los derechos políticos; no obstante, de este resultado se debe exceptuar a los jóvenes y párvulos, a los solteros y los esclavos, que por razones de edad, raza y estado civil no podían participar de la política local y nacional, y que en el ejercicio numérico constituían el 14,51 % de la población restante.

Es decir que, descontando a los hombres que poseían estas características de acuerdo con las variables descritas en la tabla 1, el número que probablemente llegó a participar de la representación política (elegir y ser elegidos) fue de 947 173, o sea el 27 % del total. Valga decir que así como el 73 % de los hombres no tuvo derechos políticos por las situaciones en mención, también pudo ocurrir que en el interior de ese 27 % existiera un margen que no cumplía con otros requisitos como la propiedad raíz, renta, alfabetismo, profesión, deudas o empeño judicial, caso en el cual el número hubiera sido aún menor.

Una cifra para destacar es el número posible de votantes entre el total poblacional, es decir, que de 7 090 211 habitantes censados entre 1825 y 1851, apenas 947 173 pudieron tener parte de las condiciones exigidas para ser electores o postularse a representantes; esto es, el 13,35 % del total de la población, ¡una absoluta minoría!

De acuerdo con el profesor José Ramón Narváez: “América Latina aprendió muy bien de

sus modelos occidentales, como ser liberal sin dar libertad a todos, la fórmula mágica era la ciudadanía” (2007, p. 36). Así, la ciudadanía fue uno de los convenios de papel contenidos en los documentos suscritos en 1810 y ratificados en 1821, y de ahí muchas décadas después. La historiadora Margarita Garrido, quien ha estudiado en detalle la situación de los esclavos que vivieron el complejo tránsito de la esclavitud a la libertad, ha afirmado que a lo largo del proceso se fue dando una serie de elementos (intereses de orden político y económico) que impidieron la realización de un verdadero proyecto social republicano; señala, además, que la denominación de ciudadano se convirtió en el más apropiado eufemismo para calmar los ánimos de los inconformes con la república:

Con la independencia, la categoría de libres de todos los colores desapareció. Inicialmente fueron incluidos en la categoría “pueblo”, como parte del discurso que buscaba terminar con las diferencias y acoger la igualdad. En las nuevas Constituciones hubo un reconocimiento formal de la ciudadanía para los hombres libres, incluyendo a los indios, pero este mismo reconocimiento no se hizo a los esclavos [...] El título de ciudadano se generalizó, y fue usado muy especialmente por aquellos que estuvieron involucrados en la lucha patriótica, este es un ejemplo de un tipo de discurso más adecuado a la igualdad y a la inclusión; sin embargo, no tuvo ningún efecto sobre el derecho a elegir o ser elegido. La república había heredado los prejuicios hacia los diferentes grupos raciales, y hacia los hombres y mujeres libres y de todos los colores. El derecho al voto fue limitado para aquellos que tenían propiedad, un determinado ingreso mínimo, fueran libres, y, supieran leer y escribir. Esto significaba que los miembros de algunos grupos socio-raciales seguían siendo excluidos del sufragio. Aunque es evidente que se trató de un tipo de inclusión abstracta y formal, más que de una realidad, la proclamación de la ciudadanía para todos, así como la eliminación de categorías étnicas en el

censo, abrieron un espacio legal decisivo para el futuro del país (Garrido, 2005, pp. 179-180).

Conclusión

Socialmente la república fue receptora de una diáspora social provocada por el acelerado proceso de mestizaje gestado desde la conquista. En principio se tenía la existencia de los grupos blanco, indígena y negro, pero rápidamente ocurrió un cruce racial que dio como resultado a los mestizos, zambos, mulatos, pardos y otros más, que por lo general no fueron identificados como tales al momento de realizar los censos poblacionales porque estas categorías fueron siempre consideradas como parte de los indígenas o de los negros, contrariamente, nunca de los blancos puros como ocurrió con los criollos o españoles americanos.

Camino a la Independencia y a la conformación del Estado, los otrora criollos o españoles americanos asumieron que, debido a las limitaciones intelectuales de las razas no blancas, el papel histórico de dirigir y gobernar no podía ser más que suyo. En defensa de semejante privilegio establecieron una serie de condiciones que, a la final, pueden interpretarse de dos maneras: por un lado, se hacía evidente la necesidad de conservar el monopolio del poder en manos de un sector ilustrado, económicamente independiente, socialmente heredero de quienes habían traído la “civilización” a los naturales; por otro lado, estaba la importancia de contener social, política y económicamente a las demás razas, con la idea de que para gobernar se requería un estado de preparación que debían alcanzar, luego de tres siglos de total abandono y explotación.

En consecuencia, los ilustrados estadistas elaboraron un discurso liberal que fuera aplicable a un Estado liberal con el objeto de impactar favorablemente sobre los gobernados. De esta forma, se apreciaba en parte la transformación del modelo colonial a republicano, y aun cuando los no blancos no estaban preparados para ser protagonistas, sí era posible reconocer su

existencia a través de conceptos como el de ciudadano o el de pueblo, y con la promesa de poder llegar a serlo cuando las políticas sociales del nuevo Estado dieran sus frutos.

Sin embargo, las reclamaciones del pueblo a sus gobernantes pronto llegarían para hacer valer las promesas recibidas con relación al lugar que les correspondía desde su carácter de ciudadanos. La respuesta a semejantes inconformidades fue elevada al orden constitucional donde se hizo expresa una serie de derechos sociales y civiles que les fueron otorgados; así se adoptaron medidas jurídicas en favor de la libertad, la propiedad, el trabajo o la educación, pero se reservó el acceso a los derechos políticos con la promesa de que en el futuro les serían entregados siempre que contaran con las luces necesarias para ello.

La restricción al ejercicio electoral que daba la posibilidad de elegir sus representantes y de ser representados no formó parte del lenguaje liberal durante la primera república, de hecho se mantuvo el mandato constitucional que limitaba esta posibilidad y dejaba un ambiente de exclusión en el que la verdadera mayoría no pudo elevar su voz para hacerse partícipe de los planes del Gobierno; por su parte, el poder se mantuvo en medio de un hermetismo de clase que no permitió la vinculación del pueblo. Así las cosas, puede afirmarse que en los primeros años del republicanismo colombiano no se registra la idea de consolidar una verdadera nación; por el contrario, los obstáculos, en especial los de tipo racial, asistieron las amañadas prácticas políticas y sirvieron de pretexto para hacer un Estado favorable a pocos.

Referencias

- Acta de la Constitución del Estado Libre e Independiente del Socorro. (1810). Disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/bajar/documentosconstitucionales1.pdf>
- Arboleda, R. (1972). *La república en la América española*. Bogotá: Biblioteca del Banco Popular.

- Ávila, A., Dym, J. & Pani, E. (coords.). (2013). *Las declaraciones de Independencia. Los textos fundamentales de las independencias americanas*. Ciudad de México: El Colegio de México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bolívar, S. (1975). *Discurso de Angostura [15, febrero, 1819]*. Caracas: Presidencia de la República de Venezuela.
- Bolívar a Páez (4 de agosto de 1826). En: J. Lynch. (2008). *Las revoluciones hispanoamericanas: 1808-1826* (5ª ed.). Barcelona: Ariel.
- Carrera, G. (1986). *Venezuela: proyecto nacional y poder social*. Barcelona: Grijalbo.
- Chaves, J. M. (2010). Esclavos y negros en la Independencia. *Revista Credencial Historia*, 247. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/julio2010/esclavos.htm>
- Conde, J. (2009a). *Buscando la nación. Ciudadanía, clase y tensión racial en el Caribe colombiano, 1821-1855*. Medellín: La Carreta Histórica.
- Conde, J. (2009b). Ciudadanos de color y revolución de independencia o el itinerario de la pardocracia en el Caribe colombiano. *Historia Caribe*, 5(14), pp. 109-137.
- Constitución de Apatzingán. (1814). Decreto constitucional para la libertad de América mexicana. En: *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos* (3ª ed.). (2008). Ciudad de México: Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, Archivo General de la Nación.
- Constitución de Cádiz. (1812). *Discurso preliminar de la Constitución*. Madrid: Castalia.
- Constitución de Cundinamarca. (1812). Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucion-de-la-republica-de-cundinamarca-1812/>
- Constitución de la República de Colombia. (1821). Disponible en: <http://www.alcaldia-bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13690>
- Constitución Política de la Nueva Granada. (1853). En: C. Restrepo Piedrahita (1995). *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales "Carlos Restrepo Piedrahita".
- Cremades, C. M. & Díaz, A. (coords.). (1991). *Poder ilustrado y revolución*. Murcia: Universidad de Murcia.
- De Finestrad, J. (2000). *El vasallo instruido en el Estado del Nuevo Reino de Granada y en sus respectivas obligaciones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Escudier, A. (2009). "Temporalisation" et modernité politique: penser avec Koselleck. *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, 6. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3104588>
- Fernández, J. (1815). Sobre la denominación de ciudadano. *Argos de la Nueva Granada*, 98.
- Fernández, J. & Capellán, G. (eds.). (2013). *Conceptos políticos, tiempo e historia: nuevos enfoques en historia conceptual*. Madrid: Ediciones Universidad de Cantabria, McGraw-Hill.
- Ferrer, M. & Bono, M. (1998). *Pueblos indígenas y estado nacional en México en el siglo XIX*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Garrido, M. (2005). "Free men of all colors" in New Granada: identity and obedience before Independence. En: N. Jacobsen y C. Aljovín (eds.). *Political culture in the Andes, 1750-1950* (pp. 165-183). Durham: Duke University Press.
- Grimke, F. (1870). *Naturaleza y tendencia de las instituciones libres*. París: Librería de Rosa y Bouret.

- Jacobsen, N. & Aljovín, C. (eds.). (2005). *Political culture in the Andes, 1750-1950*. Durham: Duke University Press.
- Helg, A. (2011). *Libertad e igualdad en el Caribe colombiano, 1770-1835*. Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit.
- Hernández, G. (1956). *Libertad de los esclavos en Colombia*. Bogotá: ABC.
- König, H. J. (1994). *En el camino hacia la nación. Nacionalismo en el proceso de formación del Estado y de la nación de la Nueva Granada, 1750-1856*. Bogotá: Banco de la República.
- Leal, C. (2010). Usos del concepto "raza" en Colombia. En: C. Mosquera Rosero Labbé y otros (eds). *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas Negras* (pp.389-438). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Universidad del Valle.
- Loaiza, G. (2012). El pueblo en la República de los Ilustrados. En: F. Ortega Martínez y Y. Chicangana Bayona (eds.). *Conceptos fundamentales de la cultura política de la Independencia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Lynch, J. (1976). *Las revoluciones hispanoamericanas. 1808-1826*. Barcelona: Ariel.
- Montoro, A. (1982). *Análisis estructural y conocimiento jurídico*. Murcia: Universidad de Murcia.
- Múnera, A. (1998). *El fracaso de la nación. Región, clase y raza en el Caribe colombiano: 1717-1810*. Bogotá: Banco de la República, El Áncora.
- Narváez, J. R. (2007). *Historia social del derecho y la justicia*. Ciudad de México: Porrúa.
- Ortega, C. (2002). *Negros, mulatos y zambos. Sucesos, personajes y anécdotas*. Bogotá: Academia Colombiana de Historia.
- Palacios, M. & Safford, F. (2005). *Colombia, país fragmentado, sociedad dividida. Su historia*. Bogotá: Norma.
- Pita, R. (2012). *El reclutamiento de negros esclavos durante las guerras de independencia de Colombia 1810-1825*. Bogotá: Academia Colombiana de Historia.
- Reid, G. (2007). *Afro-Latinoamérica, 1800-2000*. Madrid: Iberoamericana.
- Restrepo, J. M. (1858). *Historia de la revolución de la República de Colombia en la América meridional*. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=O5wVAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=Historia+de+la+revoluci%C3%B3n+de+la+Rep%C3%BAblica+de+Colombia+en+la+Am%C3%A9rica+Meridional&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=Historia%20de%20la%20revoluci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20de%20Colombia%20en%20la%20Am%C3%A9rica%20Meridional&f=false
- Rodríguez, G. P. (2006). Los debates sobre la nación y la identidad nacional en Colombia a comienzos del siglo XXI. En: AA.VV. *Estado, nación y globalización. Reflexiones sobre la cultura política latinoamericana* (pp. 212-240). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Samper, J. M. (1969). *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas (hispanoamericanas)*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Sourdis, A. (2010). La Independencia del Caribe colombiano, 1810-1821. *Revista Credencial de Historia*, 242. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaa-virtual/revistas/credencial/febrero2010/caribe.htm>
- Torres, C. (2003). *Memorial de agravios. Escrito para la Junta de Sevilla por Camilo Torres a solicitud de la Junta de Santa Fe*. Colección Historia de Colombia. Bogotá: Colciencias.

- Uribe, D. (1985). *Las Constituciones de Colombia. Textos 1810-1876* (2ª ed.). Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana, Ediciones Cultura Hispánica.
- Urrutia, M. & Arrubla, M. (eds.). (1970). *Compendio de estadísticas históricas de Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Vanegas, I. (2010). *Todas son iguales. Estudios sobre la democracia en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vásquez, J. Z. (1997). Liberales y conservadores en México: diferencias y similitudes. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, 1(8). Disponible en: <http://eial.tau.ac.il/index.php/eial/article/view/1124/1154>

LA ALIMENTACIÓN ESCOLAR EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS PÚBLICAS DE COLOMBIA. ANÁLISIS NORMATIVO Y DE LA POLÍTICA PÚBLICA ALIMENTARIA*

Germán Alfonso López Daza**

Katherin Torres P.***

Carlos Fernando Gómez García****

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2017

Fecha de evaluación: 27 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 16 de mayo de 2017

Artículo de investigación

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3043>

Forma de citación: López, G. A., Torres, K. & Gómez, C. F. (2017). La alimentación escolar en las instituciones educativas públicas de Colombia. Análisis normativo y de la política pública alimentaria. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 40, 97-112. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3043>

Resumen

Este artículo presenta los resultados de la investigación “La alimentación escolar en las instituciones educativas públicas de Colombia”, desarrollada por el grupo de investigación Nuevas Visiones del Derecho de la Universidad Surcolombiana y financiada por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura y el Observatorio del Derecho a la Alimentación en América Latina y el Caribe. El objetivo principal consistió en determinar si los productos alimenticios que se venden en las tiendas escolares de las instituciones educativas públicas de Colombia, cumplen con los estándares y obligaciones prescritas en la ley 1355/2009 que adoptó medidas de prevención y atención frente a la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles. Esta investigación tuvo un enfoque mixto, ya que con la ayuda de los datos estadísticos que arrojaron las respuestas de los derechos de petición, se hizo un análisis cualitativo del contenido de las políticas públicas de los departamentos, municipios y colegios.

* Artículo resultado de la investigación desarrollada por el Grupo de Investigación Nuevas Visiones del Derecho de la Universidad Surcolombiana y financiada por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura y el Observatorio del Derecho a la Alimentación en América Latina y el Caribe.

** Ph.D. Droit Constitutionnel, Université de Paris II (París, Francia). Coordinador de la maestría en Derecho Público, profesor e investigador del grupo Nuevas Visiones del Derecho de la Universidad Surcolombiana (Neiva, Colombia). Correo electrónico: germanlo@usco.edu.co

*** Profesora e investigadora del grupo Nuevas Visiones del Derecho de la Universidad Surcolombiana (Neiva, Colombia). Abogada de la Universidad Surcolombiana y magister en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: katherin.torres@usco.edu.co

**** Profesor e investigador del grupo Nuevas Visiones del Derecho de la Universidad Surcolombiana (Neiva, Colombia). Abogado de la Universidad Surcolombiana y candidato a magister en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: carlos.gomez@usco.edu.co

Palabras clave:

Seguridad alimentaria, alimentación escolar, política pública alimentaria.

**SCHOOL NUTRITION IN THE COLOMBIAN PUBLIC EDUCATIONAL INSTITUTIONS.
ANALYSIS OF THE REGULATION AND THE PUBLIC NUTRITION POLICY****Summary**

This article presents the results of the research titled “School Nutrition in the Colombian Public Institutions”. It was developed by the research group New Tendencies of Law from the Surcolombiana University, and funded by the Right to Food and Nutrition Watch of the FAO. The main goal consisted in determining whether the food products sold in the shops of the Colombian public institutions, achieved the standards and obligations prescribed by the Law 1355 of 2009. This law adopted preventive and attentive measures against obesity and chronic non-communicable diseases. This research had a mixed approach thanks to the help provided by the statistical data retrieved from the written petition’s responses which made possible for a qualitative analysis of the public policy in departments, townships and schools.

Keywords:

Food security, school nutrition, public food policy

**A ALIMENTAÇÃO ESCOLAR NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PÚBLICAS
DA COLÔMBIA. ANÁLISE NORMATIVA E DA POLÍTICA PÚBLICA ALIMENTARIA****Resumo**

Este artigo apresenta os resultados da pesquisa intitulada “*A alimentação escolar nas instituições de ensino públicas na Colômbia*”, desenvolvida pelo grupo de pesquisa Novas Visões do Direito da Universidade Surcolombiana e a qual foi financiada pelo Observatório do Direito à Alimentação da FAO. O principal objetivo foi determinar se os produtos alimentares vendidos nas lojas escolares das instituições de ensino públicas da Colômbia, cumprem com os padrões e obrigações prescritas na Lei 1355 de 2009, que adotou medidas de prevenção e tratamento contra a obesidade e as doenças crônicas não transmissíveis. Esta pesquisa teve uma abordagem mista, já que com a ajuda dos dados estatísticos que lançaram as respostas dos direitos de petição, se fez uma análise qualitativa do conteúdo das políticas públicas dos departamentos, municípios e colégio.

Palavras-chave:

Segurança alimentar, alimentação escolar, política pública alimentar.

Introducción

El proyecto de investigación que dio origen a este artículo lo financió la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la

Agricultura y el Observatorio del Derecho a la Alimentación en América Latina y el Caribe. Los resultados se presentaron en el VI Encuentro Regional del Observatorio del Derecho a la Alimentación en América Latina y el Caribe

realizado en Montevideo (Uruguay) entre el 30 de noviembre y el 2 de diciembre del 2016.

La obesidad, desde el punto de vista teórico se “define como un incremento del peso corporal, a expensas preferentemente del aumento del tejido adiposo” (Colomer, 2005, p. 79); y a pesar de que tal vez la obesidad tuviera otras percepciones en la sociedad, como “estatus de belleza”, en la actualidad se cataloga como una enfermedad crónica no transmisible, que para la población infantil genera graves consecuencias, puesto que los niños y adolescentes:

[...] presentan bajo rendimiento escolar, problemas de aprendizaje, ausentismo, así como riesgos en su salud y bienestar en etapas posteriores de la vida. Para la sociedad implica no solo el alto costo de la atención en salud, sino una disminución en la productividad y la calidad de vida de la población (Fajardo, 2012, p. 6).

La obesidad infantil ha sido materia de estudio en múltiples investigaciones en Colombia¹. Igualmente, en estudios internacionales se ha determinado su origen en varias causas como las hereditarias. Por ejemplo, se encuentra en algunas investigaciones médicas, como la de Stunkard *et al.* (1986, citados en Chueca, Azcona y Oyarzábal, 2002), una conexión importante entre los índices de masa corporal en niños adoptados y sus padres biológicos, lo que sustentaría las causas genéticas. También se han determinado causas ambientales, que califican algunos autores (Muzo, 2003) como las que con mayor periodicidad condicionan el cúmulo anormal de peso; y falta de ejercicio físico, causado por una serie de elementos que Baile (2007) los precisa en el transporte, el entorno urbanístico poco favorable al ejercicio físico y el sedentarismo (televisión, videojuegos, redes sociales, etc.).

¹ Ver entre otros los estudios médicos de Eulalia María Amador Rodero y Leslie Piedad Montealegre (2011) y de Esperanza Fajardo Bonilla y Luis Alberto Ángel Arango (2012).

El problema de la obesidad infantil es un asunto que en Colombia crece exponencialmente. Según datos estadísticos, el 5,2 por ciento de los menores de cinco años tiene sobrepeso de acuerdo con la Encuesta Nacional de la Situación Nutricional (Ensin) 2010 y el documento del 2012, *Nutrición en Colombia II. Actualización del estado nutricional con implicaciones de política*, liderado por el Banco Interamericano de Desarrollo, en donde se dice que:

La mayor prevalencia se observa en niños cuyas madres tienen educación superior (6,2%) y pertenecen a un SISBEN igual o mayor a 4 (6,3%) y la más baja en hijos de mujeres sin educación (2,3%) y pertenecientes al SISBEN 1 (4,3%). Si se compara la prevalencia entre diferentes comunidades étnicas, interesantemente la mayor prevalencia se observa en la población indígena (6,8%), seguida por la población clasificada como otro (5,3%) y afro-descendiente (4,0%) (BID, 2012, p. 11).

Desde de esta perspectiva, el entorno infantil tiene una influencia determinante sobre esta problemática. Uno de esos entornos es el escolar. Si en el colegio o escuela no se tiene claridad sobre los ambientes alimenticios sanos, eso sin duda puede afectar al menor. Si la tienda escolar ofrece con la aquiescencia de las directivas de la institución educativa, comidas no nutritivas y bebidas azucaradas, eso será lo que predomine en la dieta escolar del menor y fuera de la escuela, buscará continuar con esta práctica alimenticia. Estos hábitos podrán trasladarse al entorno familiar. La publicidad desempeña un papel clave en este círculo que se puede romper si el menor está rodeado de ambientes nutricionales más sanos.

En ese contexto, el proyecto analiza si las instituciones educativas departamentales de Colombia han adoptado las políticas públicas en materia de seguridad alimentaria en las tiendas escolares. La investigación se diseñó con un enfoque cuantitativo y cualitativo, ya que con la ayuda de los datos estadísticos que arrojaron

las respuestas de los derechos de petición, se elaboró un análisis cualitativo del contenido de las políticas públicas de los departamentos, municipios y colegios.

De acuerdo con el cronograma fijado, se enviaron derechos de petición a todos los departamentos² de Colombia y sus capitales, con el fin de verificar la existencia de las citadas políticas públicas. Igualmente, se remitieron derechos de petición a los colegios estatales con mayor cobertura y cantidad de estudiantes de cada departamento. Después de un arduo proceso de gestión ante estas entidades, las respuestas fueron las siguientes: de los 32 departamentos, 24 respondieron el derecho de petición; de las 32 capitales de departamento, 24 respuestas de petición se recibieron; y de los 121 colegios escogidos, 40 respondieron la solicitud. Las cifras recibidas son significativas y con ellas se puede establecer y analizar el cumplimiento de las políticas alimentarias en cada uno de los establecimientos seleccionados.

En la revisión de los derechos de petición dirigidos a las instituciones educativas, se insistió con llamadas telefónicas para solicitar respuesta en el menor tiempo posible. También se comprobó que algunas de las direcciones de colegios que aparecen registradas en la página oficial del Ministerio de Educación no existen, pues el servicio de correos devolvió la correspondencia por dirección inexistente.

El presente artículo consta de dos partes: en la primera se realiza una breve descripción de la exposición de motivos de la ley 1355/2009, “por medio de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a esta como una prioridad de salud pública y se adoptan medidas para su control, atención y prevención”, exponiendo el contenido obligacional que surgen a las instituciones educativas; en la segunda se hace la presenta-

ción de los resultados finales de los derechos de petición respondidos por los departamentos, municipios y colegios.

Se precisa que la presente investigación se hizo con base en la información descrita en la Ensin del 2005, sin que hasta la fecha haya una encuesta más reciente. En averiguaciones telefónicas hechas al Ministerio de Salud y Protección Social y al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane) se nos informó que para este año se planea dejar listos los instrumentos para aplicar la nueva encuesta que se publicaría en 2017.

A. Ley 1355/2009: la obesidad como una enfermedad crónica de salud pública

Consultados los archivos del Congreso de la República de Colombia, la ley 1355/2009 tuvo como finalidad declarar la obesidad y las enfermedades crónicas (en adelante EC) asociadas a la misma como problema de salud pública, priorizando la coordinación de acciones de promoción, regulación, monitoreo y vigilancia necesarias para reducir su prevalencia y generar entornos saludables que fomenten su prevención y control mediante la coordinación de acciones dirigidas a implementar la actividad física y la alimentación saludable en los estilos de vida de la población colombiana. Dicha ley determinó obligaciones a las instituciones educativas. Esto en tanto que investigaciones relacionadas con este tema demuestran que:

Las intervenciones dirigidas a mejorar los equipamientos recreativos escolares e incrementar la calidad y el tiempo dedicado a las clases de educación física, han mostrado ser muy efectivas para incrementar los niveles de actividad física, no solo en países desarrollados sino, además, en la población infantil de América Latina. Adicionalmente, algunos estudios han encontrado un efecto marginal, pero significativo, de las clases de educación física en el índice de masa corporal de los niños, que a nivel poblacional podría

² Colombia tiene 32 departamentos y cada uno de ellos cuenta con una capital que es el centro administrativo y político de la región.

tener un efecto apreciable (Gómez, Ibarra y Lucumí, 2012, p. 12).

La ley 1355/2009 tuvo su justificación en los altos niveles de obesidad que se presentan en la actualidad en Colombia. Según la Organización Mundial de la Salud las EC ocasionan el 60 % de las muertes en el mundo y el 80 % de las mismas ocurren en países no desarrollados. Contrario a lo que por lo común se asume, este tipo de padecimientos causa un mayor número de muertes prematuras y costos sociales y económicos con respecto a los países ricos. Se estima por ejemplo, que en algunas naciones no desarrolladas como Sudáfrica, el 40 % de las muertes en personas entre los 35 y 60 años es debido a enfermedades cardiovasculares, contrastando con el 10 % en Estados Unidos en el mismo grupo etario.

Los costos sociales y económicos de las EC tienen efectos especialmente nefastos en países no desarrollados. Así, la pérdida de empleo del proveedor económico de la familia por muerte o secuela de una EC, tiene un efecto negativo en sociedades con economías débiles y deficientes sistemas de seguridad social, generando un incremento en la pobreza y un deterioro en las perspectivas económicas de los países.

Para enfrentar el desafío que representan condiciones crónicas como la obesidad existen estrategias efectivas de salud pública que se orientan sobre todo a la promoción de la actividad física y a una alimentación saludable, lo cual a su vez redundaría en la prevención de otras condiciones crónicas asociadas al sobrepeso y la obesidad.

En Colombia las EC como los padecimientos cardiovasculares y el cáncer son la primera causa de muerte. De acuerdo con el registro de defunciones del Dane del 2005 la tasa de muertes por enfermedad isquémica del corazón en personas de 45 y más años fue de 265,9 por 100 000 habitantes, mientras para las enfermedades cerebrovasculares y diabetes fue de 136,4 y 73,0, respectivamente. Estas tasas contrastan con las de todas las causas externas y

enfermedades transmisibles en todos los grupos de edad que fueron 80,6 y 33,1 por 100 000 habitantes respectivamente.

En cuanto a la obesidad, según la Ensin (2005) el 46 % de los adultos entre los 18 y 64 años padece sobrepeso y obesidad; siendo las prevalencias desagregadas para estos dos problemas del 13,7 % y 32,3 %, respectivamente. Los territorios con mayor problema son: Cali (50,9 %), Boyacá, Cundinamarca y Meta (50,6 %) y Valle sin Cali y sin litoral (50 %). Por el contrario, los lugares con menores prevalencias son: Atlántico sin Barranquilla, San Andrés y Bolívar norte (37,8 %), Bolívar sur, Córdoba y Sucre (38,9 %) y Medellín (40,9 %).

La obesidad abdominal, que está vinculada con riesgo metabólico, reporta una prevalencia en este mismo estudio de 50,4 %. En población joven de 13 a 17 años la Ensin (2005) encontró que 26 % cumple las recomendaciones mínimas definidas para este grupo etario (al menos sesenta minutos de actividades de intensidad moderada o vigorosa por al menos cinco días a la semana).

Este mismo estudio determinó el tiempo dedicado a ver televisión o a jugar con videojuegos en los niños de cinco a doce años, indicador que se conecta con un patrón de vida sedentario y con un consumo mayor de alimentos de alta densidad energética. De acuerdo con esta encuesta, 56,3 % de los niños colombianos ven dos o más horas diarias de televisión, siendo las ciudades de Medellín, Bogotá y Cali las que evidencian más altas prevalencias (71,9 %, 70,5 % y 70,1 % respectivamente). Las regiones de Bolívar sur, Córdoba y Sucre; Cauca y Nariño sin litoral y litoral Pacífico, presentaron las prevalencias más bajas (39,9 %, 40,9 % y 50,7 %, respectivamente).

En la subpoblación de niños de cinco a doce años, un análisis secundario hecho con datos de la Ensin 2005 reportó una prevalencia nacional de sobrepeso u obesidad de 11,1 % en aquellos que ven más de dos horas diarias de televisión.

En cuanto al consumo de frutas y verduras, si bien la Ensin 2005 no permitió establecer cómo se comporta la población colombiana con respecto a la ingesta de las cinco porciones de estos alimentos (400 gramos día), según lo recomendado internacionalmente, sí se pudo determinar que 27,9 % de las personas no incluyó ninguna verdura en su alimentación diaria y 35,3 % no incluyó alguna fruta. Lo anterior puede estar correlacionado con el déficit encontrado en el nivel de vitamina A (32 %) y C (22,6 %), que ejercen un efecto protector contra las enfermedades cardiovasculares y algunos tipos de cáncer.

Frente al ingreso energético en la Ensin 2005 se reportó que 13,7 % (IC: 10,8-16,6) de los adolescentes de 14 a 18 años presentó valores excesivos de este indicador (> 110 %). Un porcentaje importante tenía exceso en el consumo de carbohidratos y grasas saturadas. De igual forma, el porcentaje de adolescentes que dijo haber consumido alguna fruta y verdura en el día fue más bajo que en la población adulta, contrario a lo que ocurrió en el consumo de comidas rápidas.

En ese escenario, la ley 1355/2009 declaró la obesidad como una EC de salud pública, por lo que fijó distintas estrategias para promover una alimentación sana y balanceada, entre ellas, señaló que los establecimientos educativos públicos y privados deben garantizar la disponibilidad de frutas y verduras a sus estudiantes, y que además deben adoptar un programa de educación alimentaria, de conformidad con los lineamientos que desarrolle el actual Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), quienes tendrán en cuenta las características culturales de las distintas regiones de Colombia (art. 4 ley 1355/2009).

En el desarrollo y ejecución de esta ley, la capital del Valle del Cauca se convirtió en un modelo para América Latina, al constituir las “tiendas escolares saludables”, en donde se brinda una alimentación balanceada y saludable a los niños

de la ciudad. En dicho proyecto se vinculó el sector privado y los resultados han abarcado “aspectos tan importantes como el fomento de la alimentación sana, donde demuestran haber alcanzado metas que transformaron los hábitos de oferta y consumo de alimentos dentro de los planteles con las tiendas escolares” (Secretaría de Educación de Cali, 17 de agosto de 2011).

B. Análisis de los resultados obtenidos en departamentos, municipios y colegios

I. Las políticas alimentarias desarrolladas por los departamentos

El consolidado de la información indica que el 25 % de los departamentos no contestó los derechos de petición; el 50 % de los departamentos respondió señalando que no tiene políticas públicas, planes, programas o actividades asociadas con la alimentación escolar; y el 25 % de los departamentos restantes, manifiesta que a pesar de no tener una política pública específica, sí desarrolla actividades o ha implementado estrategias para promover los hábitos de alimentación saludable en su territorio (véase gráfica 1).

Gráfica 1. Consolidado de respuestas de departamentos



Fuente: elaboración propia.

De las diferentes respuestas sobre las políticas de seguridad alimentaria en colegios públicos se encontró que de los 24 departamentos que

respondieron, solo ocho cuentan con políticas en seguridad alimentaria (véase tabla 1): Huila, Vaupés, Caquetá, Caldas, Nariño, Quindío, Norte de Santander y San Andrés y Providencia, quienes han regulado de manera congruente y coherente su política con la ley 1355/2009, pues su principal objetivo es prevenir la obesidad en niños, jóvenes y adolescentes.

Tabla 1. Derechos de petición a departamentos

Derechos de petición sin respuesta	8
Derechos de petición con respuesta	24
Total	32

Fuente: elaboración propia.

A continuación se expone en detalle las políticas públicas establecidas en los departamentos:

- Quindío, a través de la ordenanza 023/2014 expone paso por paso, la forma en la que se desarrolla en los colegios los programas de alimentación balanceada escolar, que es complementada con charlas didácticas en donde enseñan a los niños y jóvenes la importancia de comer saludable, no solo por gusto, si no por salud, al igual que con distintas estrategias didácticas ayudan a adquirir dichos hábitos.
- La Asamblea Departamental de San Andrés y Providencia expidió la ordenanza 012 de 29 de julio de 2014, que dispone medidas para combatir la obesidad, el sedentarismo y promueve la actividad física, y enfatiza en: (i) el establecimiento de estrategias y medidas especiales de acompañamiento y asesoría a las personas con sobrepeso, obesidad y sedentarismo, así como la promoción de políticas por estilos de vida saludables encabezados por las secretarías de Salud, Educación y Deporte; (ii) la implementación y desarrollo de estrategias para crear hábitos de actividad física y nutricional en los estudiantes, para tales efectos, realizan eventos como la “Semana de hábitos saludables” y la “Celebración del día de la obesidad”,
- así mismo, hacen un registro individual de los estudiantes, a quienes les realizan dos veces al año exámenes de visión, audición, peso y estatura, y registro de niños con sobrepeso y obesidad; y (iii) la imposición a las directivas de las instituciones educativas de ejecutar un estudio de las tiendas, quioscos y restaurantes escolares sobre el valor nutricional de los productos que consumen los estudiantes, y establecer cartilla de alimentos y bebidas saludables en donde se indique los productos que podrán distribuir los restaurantes escolares.
- Caldas, que mediante circular 039 del 23 de marzo de 2016 expedida por la Secretaría de Educación, busca implementar acciones en las instituciones educativas que promuevan hábitos saludables dentro de las tiendas escolares, articulados con el proyecto educativo institucional (PEI).
- Caquetá, a través de la Secretaría de Salud Departamental ha desarrollado actividades enfocadas en la educación y comunicación para la promoción de ambientes saludables mediante la entrega y socialización de cartillas a 380 docentes y 4732 cartillas para colorear a estudiantes denominadas: *Cartilla Caquetá un entorno saludable*. Estas estrategias están enmarcadas en lo prescrito en el artículo 13 de la ley 1355/2009.
- Huila, con la ordenanza 035/2010 que adoptó la política pública de seguridad alimentaria y nutricional en el departamento y conformó el Comité de Seguridad Alimentaria y Nutricional, se fijó la estrategia “Escuela saludable” articulando los siguientes componentes: (i) alimentación y restaurante escolar; (ii) inclusión en el PEI tanto del sector público como privado del departamento, del desarrollo de la temática de seguridad alimentaria y nutricional, con el propósito de que se integre en los contenidos de ciencias naturales y educación ambiental, en forma transversal; y los contenidos de educación que se adopten, deben seguir los

lineamientos y guías que realice el Ministerio de Salud y Protección Social y el ICBF; (iii) promoción de las tiendas saludables en donde se ofrezcan frutas y verduras; (iv) promoción de actividad física de manera regular para prevenir el sedentarismo; (v) implementación de vigilancia nutricional, y (vi) en las sedes educativas del área rural, se promueve el fortalecimiento de programas de huertas escolares y de la cadena alimentaria.

- Nariño, mediante la ordenanza 026/2011 adoptó el “Plan Decenal de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional de Nariño 2010-2020” que procura garantizar el derecho a la alimentación sana y la reducción y prevención de la malnutrición. De igual manera, el Programa de Gobierno del Departamento 2016-2019 “Somos Nariño” busca la cobertura y permanencia de la alimentación escolar, así como promover un estilo de vida saludable, principalmente la alimentación sana.

En dicho documento, se trazan estrategias de cooperación entre el Instituto Departamental de Salud de Nariño, el ICBF y la Secretaría de Educación departamental para implementar el proyecto de tiendas escolares saludables en municipios no certificados; de igual forma, se establecen directrices a la Secretaría Departamental de Educación de Nariño para la oferta de alimentos en las tiendas escolares, dicha secretaría, debe implementar estrategias educativas transversales que desarrollen hábitos saludables a través del PEI, la ejecución de estrategias educativas por parte de los establecimientos educativos en torno al programa de alimentación escolar (PAE) y a los proyectos ambientales escolares (PRAE), procurar por una alimentación equilibrada, suficiente, inocua, variada y adecuada en las tiendas escolares; en ese sentido, determina que el 50 % de la oferta total de las tiendas escolares deberá ser alimentos saludables, el otro 50 % alimentos ricos en grasa y azúcares; así mismo, las tiendas escolares

deberán cumplir las disposiciones de la ley 1355/2009. Finalmente, se crea el Comité de Entornos Saludables del municipio, que tendrá la obligación de realizar la supervisión y seguimiento a lo instituido en esta materia en el programa de gobierno.

- Vaupés, a través de la ordenanza 002/2011 expidió el Plan Departamental de Seguridad Alimentaria y Nutricional, de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo y los objetivos del Conpes, aunque este plan se encamina a la seguridad alimentaria, lo hace de manera general, es decir, no crea obligaciones específicas a las instituciones educativas sino a toda la población del departamento con especial enfoque en niños y niñas. El Plan de Seguridad Alimentaria se concentra en determinar si las fuentes de agua, cosechas y demás son aptas para el consumo de sus habitantes, lo cual hace que dicho plan se desvíe de los objetivos del proyecto de investigación al no abarcar las tiendas escolares ni las instituciones educativas, pese a tener políticas, directrices y programas propios para el bienestar y la seguridad alimentaria de los vaupenses.
- Norte de Santander, no tiene política pública específica, sin embargo, cuenta con la cátedra de salud pública, desarrollando módulos que incluyen temas de nutrición, quedando la implementación al arbitrio de cada rector.

Tabla 2. Consolidado departamentos con política alimentaria

Departamentos con política alimentaria	8
Departamentos sin política alimentaria	16
Total	24

Fuente: elaboración propia.

De lo expuesto, se logró determinar que de los ocho departamentos que tienen política alimentaria, cinco han desarrollado su política con base en el PAE y los tres departamentos restantes:

Nariño, Caquetá y San Andrés y Providencia, han diseñado políticas de alimentación basadas en la ley 1355/2009.

II. Análisis de las respuestas de los municipios

Según el diseño del proyecto, se dirigieron derechos de petición a todas las capitales de los 32 departamentos de Colombia con el fin de conocer si los gobiernos municipales habían trazado políticas públicas en materia de alimentación escolar.

Las respuestas de los derechos de petición se pueden reunir en tres grupos: (i) los municipios que no contestaron el derecho de petición (44 %); (ii) los municipios que respondieron afirmando que no tienen política pública alimentaria (25 %) y (iii) los municipios que sí tienen política pública en esta materia y que además desarrollan actividades, planes y programas de sensibilización relacionadas con la alimentación (31 %) (véase gráfica 2).

Gráfica 2. Consolidado de respuestas de los municipios



Fuente: elaboración propia.

En el primer grupo se encuentran ocho municipios que no contestaron el derecho de petición, ellos son: Medellín, Quibdó, Florencia, Cartagena, Neiva, Montería, Cúcuta e Ibagué.

En el segundo grupo están catorce municipios que contestaron el derecho de petición informando

que no tienen política pública alimentaria, entre ellos están: Leticia (Amazonas), Puerto Carreño (Vichada), Sincelejo (Sucre), Mocoa (Putumayo), Valledupar (Cesar), Riohacha (La Guajira), Inírida (Guainía), San José del Guaviare (Guaviare), Mitú (Vaupés), Pereira (Risaralda), Providencia y Santa Catalina (San Andrés), Tunja (Boyacá), Armenia (Quindío) y Manizales (Caldas) quienes informaron que esta actividad la llevan a cabo de manera autónoma los rectores de cada institución educativa. En este grupo se destaca la respuesta de los siguientes municipios:

- Mocoa (Putumayo). A pesar de que contestó que no tenía una política pública alimentaria, anotó que la administración municipal suscribió el contrato de cooperación 057 del 15 de abril de 2016, para ejecutar e implementar el programa de alimentación escolar a través del cual se brinda un complemento alimentario a los niños, niñas y adolescentes de la matrícula oficial del municipio, de conformidad con los lineamientos técnico-administrativos del programa de alimentación escolar del Ministerio de Educación Nacional. El proyecto permitió ampliar cobertura mediante la estrategia alimentación escolar; donde el objetivo principal fue contribuir a mejorar el desempeño académico y la asistencia regular, así como también promover la formación de hábitos alimentarios saludables.
- Sincelejo (Sucre). Indicó que el 23 de enero de 2014 se ofició el convenio 001/2014 de asociación, cooperación, cofinanciación y aportes celebrado entre Sincelejo y la Fundación Prosperar Colombia, que tenía como objetivo principal realizar el suministro de complementación alimentaria para la promoción de un estilo de vida saludable que contribuyera con la permanencia de los estudiantes.
- Puerto Carreño (Vichada). Señaló que en el Plan Territorial de Salud Pública en la dimensión de seguridad alimentaria y nutricional se han previsto acciones de consumo

de alimentos saludables en las instituciones educativas.

- Inírida (Guainía). Respondió que no se han aprobado políticas, sin embargo, desde el Programa de Salud Pública se desarrollan actividades para evitar la obesidad infantil, existe comité técnico del Plan de Seguridad Alimentaria y Nutricional Departamental y Municipal creado mediante decreto 0482/30 de noviembre de 2009, se enmarca en la Política Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (documento Conpes social 113/2008).

En el tercer grupo están los diez municipios que respondieron confirmando la existencia de políticas públicas en esta materia, que se detallan a continuación:

- Arauca. La alcaldía afirmó que a través de la dimensión seguridad alimentaria y nutricional, ejecutó proyectos de salud pública, campañas de promoción de la alimentación saludable en instituciones educativas públicas urbanas del municipio, en donde se incluyó: (i) el seguimiento a la alimentación saludable que consumen los estudiantes en las instituciones educativas públicas de Arauca; (ii) visitas a cada una de las cafeterías con el objeto de educar y verificar el cumplimiento de la ley 1355/2009; y (iii) visitas a las instituciones educativas para sensibilización y aplicación de una encuesta a sus docentes y rectores, con el propósito de conocer cómo perciben la cafetería de su institución y qué compromisos desarrollarían para mejorarla. Finalmente, indicaron que el municipio cuenta con el comité de seguridad alimentaria y nutricional que actúa como órgano asesor en esta materia y el sector educación es uno de los actores de dicho comité.
- Barranquilla. Informó que se aprobó el acuerdo 0025/2013 por medio del cual se estableció como objetivo evitar la obesidad infantil en colegios públicos y privados, además procura por mantener el peso

ideal de niños y adolescentes estipulando los programas que se implementarán en las instituciones, de igual manera los métodos para dicho propósito tales como publicidad, capacitaciones, entre otros.

- Yopal. La Secretaría de Educación y Cultura del municipio expidió la resolución 1250 del 20 de noviembre de 2014 que promueve la oferta y disponibilidad de alimentos saludables y de alto valor nutricional en las tiendas escolares de las instituciones educativas públicas y privadas de Yopal, haciendo énfasis en: (i) la distribución y venta de alimentos saludables de alto valor nutricional y la restricción gradual de alimentos de alta densidad calórica y bajo valor nutricional; y (ii) la implementación de las tiendas escolares saludables, en donde los estudiantes deben tener disponibilidad y acceso a alimentos saludables e inocuos en un plazo máximo de seis meses, para tales efectos, la Secretaría de Educación y Cultura municipal hará el seguimiento y evaluación.

Las medidas adoptadas por el municipio se realizaron considerando el Comité de Seguridad Alimentaria y Nutricional, que se creó mediante decreto 120/2010 de la alcaldía; el Plan de Desarrollo “Yopal con Sentido Social 2012-2015” que contempla acciones en seguridad alimentaria y nutricional en los ejes social, económico y productivo, territorial y de gestión y gobierno; y el Plan Municipal de Seguridad Alimentaria y Nutricional “Con Sentido Nutritivo 2011-2020” aprobado mediante acuerdo municipal 013/2013 que tiene como objetivo mejorar la calidad de vida de los habitantes.

- Popayán. Afirmó en su respuesta que con el acuerdo 24 de diciembre de 2010 se reglamentó en ocho artículos los organismos encargados y la forma en que se evitarían alimentos no saludables en las tiendas escolares.
- Bogotá. Respondió sosteniendo que la aprobación del acuerdo distrital 086/2003 crea

el sistema distrital de vigilancia alimentaria para niños y niñas preescolares y escolares.

- Santa Marta. Expresó que desde la Secretaría Seccional de Salud se difunde la aplicación de la ley 1355/2009 ejecutando actividades como: (i) capacitación para la promoción de modos, condiciones y estilos de vida saludables con énfasis en la niñez y la adolescencia, y (ii) procesos de formulación de política pública que promuevan modos, condiciones y estilos de vida saludables por parte de la administración departamental.
- Villavicencio. Expresó que dentro del Plan de Desarrollo “Unidos Podemos”, se vinculó la implementación de las tiendas escolares saludables: (i) gestionar en las instituciones educativas proyectos de estilos de vida saludable, y (ii) gestionar en las mismas la creación de tiendas escolares saludables.
- Pasto. Argumentó que mediante acuerdo 036 de 31 de octubre de 2014, se aprobó el Plan de Seguridad Alimentaria y Nutricional, Pasto Asegurando su Alimentación y Nutrición, consolidando la adecuada oferta y mejora de los hábitos alimentarios. Igualmente, expidió la resolución 0637 de 8 de octubre de 2015, que fija las directrices para el funcionamiento y oferta de alimentos de las tiendas escolares de los establecimientos educativos públicos y privados de Pasto. Entre otras obligaciones, ordenó que las tiendas escolares deberán propiciar una alimentación saludable e inocua, los alimentos expendidos bajo marca deberán contar con registro sanitario.

Así mismo, determinó que las secretarías de Educación y Agricultura, las plazas de mercado y las instituciones educativas darán a conocer un listado de alimentos que sean fuente de proteína, grasas saludables, carbohidratos complejos, fibra, vitaminas y minerales. Además, prevé que las instituciones educativas con sus comités, coordinarán

acciones para concientizar e influir en los estudiantes la elección de alimentos y estilo de vida saludables con ayuda de propaganda alusiva a ello. También realizarán actividades relacionadas con el Día de la Obesidad y el Día Mundial de la Alimentación. Vincula a la Secretaría de Educación para verificar el cumplimiento de las estipulaciones de la resolución en los contratos celebrados entre las instituciones y las tiendas escolares.

- Bucaramanga. Con el acuerdo municipal 020 de 27 de julio de 2012 se determina la política pública para el control y prevención de la obesidad. Ordena a la Secretaría de Salud y Ambiente en conjunto con la Secretaría de Educación, implementar conforme con los programas establecidos en el plan de desarrollo, estrategias de promoción y sensibilización de estilos de vida saludable en los establecimientos educativos oficiales y privados del municipio.
- Cali. Confirmó la aprobación de una política pública en la materia con fundamento en la ley 1355/2009, consolidada en el acuerdo 0278/2009 que exige el aumento de la oferta de alimentos saludables, de alto valor nutricional e inocuos en las tiendas, quioscos, máquinas expendedoras y restaurantes escolares en todas las instituciones educativas públicas y privadas de la ciudad.

Cada municipio cuenta con su respectivo acuerdo del Concejo Municipal y plantea claramente la necesidad de la aplicación de la ley 1355/2009 y su interés por prevenir y bajar los índices de obesidad en menores de edad y poder tener una alimentación escolar balanceada.

No obstante, de los municipios capitales de departamento, algunos nos informan que pese a no tener estrictamente una política pública con relación a la ley 1355/2009, desarrollan actividades de sensibilización u otros distintos programas dirigidos a la alimentación en los colegios.

III. Análisis de las respuestas de las instituciones educativas

En total se seleccionaron 121 instituciones educativas nacionales, esta se hizo teniendo en cuenta la cantidad de estudiantes del respectivo colegio, lo cual le daba un peso significativo a la selección. La tabla 3 ilustra el número de establecimientos educativos escogidos por departamento.

Tabla 3. Cantidad de colegios seleccionados por departamentos

Departamento	Cantidad	Departamento	Cantidad
Amazonas	2	Guaviare	4
Antioquia	6	Huila	3
Arauca	3	La Guajira	3
Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	4	Magdalena	4
Atlántico	5	Meta	4
Bolívar	6	Nariño	4
Boyacá	3	Norte Santander	3
Caldas	3	Putumayo	3
Caquetá	2	Quindío	5
Casanare	3	Risaralda	6
Cauca	5	Santander	4
Cesar	4	Sucre	4
Chocó	4	Tolima	3
Cundinamarca	2	Valle del Cauca	6
Córdoba	4	Vaupés	4
Guainía	2	Vichada	3
Total	121		

Fuente: elaboración propia.

De las 121 instituciones educativas que se seleccionaron para adelantar esta investigación, se recibieron 40 respuestas, de las cuales tan solo 14 afirman tener una política de alimentación saludable, con base en lo ordenado en la ley 1355/2009, desarrollando actividades que se reflejan ejerciendo un estricto control sobre las

tiendas escolares. Por su parte, 26 instituciones educativas respondieron aseverando que no tenían ninguna política pública, plan o acción asociada con dicha normativa (véase gráfica 3). Algunas de las instituciones educativas que han implementado programas, planes o acciones en el marco de la ley 1355/2009 son:

El Colegio de Boyacá, de Tunja, en virtud de la ley 1355/2009 ha adelantado programas que se encaminan hacia la seguridad alimentaria, por ello tiene un estricto control sobre lo que se vende en las tiendas escolares, donde solo se encuentran productos que aportan nutrientes a la salud de sus estudiantes, así mismo ha intensificado las clases de educación física para así cumplir con un circuito tanto en alimentación como en salud física.

En Florencia, la institución educativa San Francisco de Asís, con fundamento en la ley 1355/2009 creó medidas de aprovechamiento del tiempo libre con actividades de carácter lúdico. En el consejo estudiantil se abordó la problemática de la escasez de alimentos saludables y se decidió propiciar charlas educativas con respecto al tema.

El colegio Normal Superior de Montería respondió indicando que a la luz del artículo 11 de la ley 1355/2009³ ofrece alimentos y bebidas que cumplen con los nutrientes necesarios para el desarrollo y la salud de sus estudiantes.

En el mismo sentido, la institución educativa Las Palmas de Villavicencio señaló que de acuerdo con la ley 1355/2009, en particular el artículo 11, brinda alimentos y bebidas a través del refrigerio escolar, suministrado según

³ La citada norma prescribe que: “Las instituciones educativas públicas y privadas que suministren el servicio de alimentación de manera directa o a través de terceros, deberán ofrecer una diversidad de alimentos que cubran las necesidades nutricionales de su comunidad, siguiendo, entre otras referencias, las guías alimentarias del Ministerio de la Protección Social y del ICBF, velando por la calidad de los alimentos que se ofrecen y de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministerio de la Protección Social a que se refiere el artículo 8° de la presente ley”.

las tablas nutricionales del ICBF y por medio de terceros en la tienda escolar. No existe una política, plan o norma escrita que se conecte con la alimentación que se vende en la tienda escolar que indique el tipo de alimentos que se puede vender o no.

La institución educativa Ciudad de Pasto de San Juan de Pasto posee un acuerdo institucional sobre el manejo y funcionamiento de la cafetería escolar, que deberá satisfacer las normas de consumo saludable, aseo y seguridad. Además, dispone qué clase de productos se comercializarán, propendiendo por alimentos saludables.

Por su parte el colegio distrital Olaya de Barranquilla manifestó que en el marco de la ley 1355/2009 adoptó un plan de medidas tendientes a mejorar la salud alimenticia de sus estudiantes. Estas medidas están planificadas en común acuerdo con el administrador de la tienda escolar y también se están evaluando recomendaciones del programa PAE.

La institución educativa Manuela Beltrán de San José del Guaviare argumentó que para cumplir la ley 1355/2009 ofrece capacitaciones a los encargados de las tiendas escolares, cursos de manipulación y programas de día saludable.

En otro grupo podemos incluir a las instituciones educativas que no tienen políticas públicas y no desarrollan actividades en cumplimiento de la ley 1355/2009, ellas son:

La institución educativa Kennedy de Bogotá expidió la resolución 16240/2002 que indica qué es una regulación a la seguridad alimentaria en comedores escolares; sin embargo, la norma reglamenta la oferta de servicios alimenticios que se ofrecen en dicha institución educativa, en aspectos relacionados con el pliego de condiciones, los horarios de atención a estudiantes, el canon de arrendamiento y la responsabilidad en equipos de cocción de alimentos. Aclarando que la citada norma no establece el tipo de alimentos que se brindarán a los estudiantes ni mucho menos contenido, peso y vitaminas.

El colegio Camilo Torres de Cartagena arguye que a los estudiantes se les suministra alimentación de buena calidad pero es un poco incoherente cuando mencionan que se venderán gaseosas en envases y bolsas de buena calidad, esto debido a que dichas bebidas no contribuyen a la buena alimentación de los alumnos, así mismo en acta 28 de 26 de mayo 2016 se deja presente solicitud para realizar un estudio sobre la calidad de alimentos que se venden en la tienda escolar.

Por su parte, el colegio Bertha Gedeón de Baladí de Cartagena manifestó que es el gobierno el responsable de asignar tales políticas a las instituciones educativas públicas y que ellos cumplen con incentivar a los estudiantes en sus clases de ciencias naturales sobre la alimentación mas no tienen políticas sobre seguridad alimentaria.

En Popayán, la institución educativa San Agustín declaró no tener políticas propias sobre seguridad alimentaria; aunque en las cláusulas 2 y 3 del contrato suscrito con la entidad encargada de suministrar los alimentos a la tienda escolar se especifica que se deben vender alimentos saludables y no tóxicos a los estudiantes.

El Instituto Técnico Nacional de Comercio de Barranquilla indicó que a pesar de que no cuenta con políticas de seguridad alimentaria, sí ha intensificado la venta de frutas y prohíbe una vez a la semana la venta de gaseosas.

La Escuela Normal Superior de Manizales apuntó que aunque no cuenta con una política de seguridad alimentaria, tiene la supervisión del ICBF, entidad responsable de proveer los alimentos saludables a los estudiantes como frutas, cereales, leche y agua, expresando que a los estudiantes de primaria no les proporcionan bebidas artificiales, tales como gaseosas.

En Arauca, la institución educativa Santa Teresita no tiene políticas en seguridad alimentaria pero sí ha realizado encuestas a sus cafeterías y ha hecho una socialización de los productos que se deberían ofrecer a los estudiantes.

La institución educativa Rufino Centro de Armenia cuenta con el restaurante escolar implementado por el Gobierno nacional, por lo cual la tienda escolar prácticamente se reduce a la venta de productos que consumen los docentes del plantel; pero no se tiene establecida una reglamentación sobre la norma en cita.

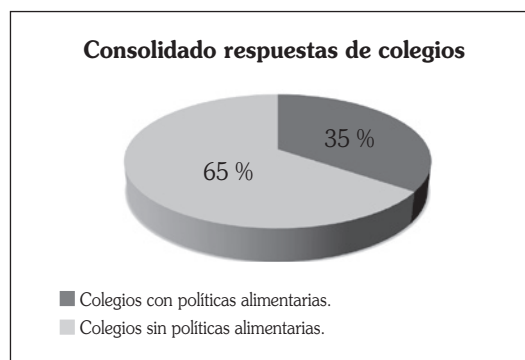
El colegio María Doraliza López de Mejía de Riohacha viene adelantando una encuesta con los estudiantes y padres de familia para hacer un listado de los alimentos que deberían vender en la tienda escolar, para dar cumplimiento a la ley 1355/2009. En el mismo sentido, se encuentra la institución educativa El Diamante de Medellín, que apuntó que está en proceso de consolidación de sus políticas sobre seguridad alimentaria.

La Escuela Normal Superior “El Jardín” de Pereira adjuntó una circular de la Secretaría de Salud que dice cumplir a cabalidad, en la cual se determina cómo será el manejo de productos comestibles, pero no aclara qué productos son los comercializados, simplemente se enuncian los términos de productos de nutrición, saludables y de fácil acceso económico.

En general, es evidente cómo el campo de acción y regulación en los colegios sobre políticas alimentarias está abandonado o dejado de lado, ya que en las respuestas de los colegios a los derechos de petición, ni la mitad de ellas son positivas y en muchas declaran que es competencia del Estado y no del colegio regular en esta materia.

De las instituciones educativas que afirman tener políticas públicas en la materia, al analizarlas no ostentan tal calidad. En efecto, el diseño de una política pública requiere de conocimientos en economía, ciencia política, estadística, administración pública, entre otros. Por lo tanto, se necesita de un equipo de trabajo multidisciplinario y de una información precisa que en muchos casos las instituciones gubernamentales no disponen. El diagnóstico y estudio del problema son muy importantes con el fin de determinar cuáles son las soluciones más reales y aplicables y cuál es el presupuesto requerido, el análisis de factibilidad y la toma de la decisión.

Gráfica 3. Respuestas de los colegios



Fuente: elaboración propia.

Conclusiones

El Ministerio de Educación ha adelantado estrategias de promoción de la ley 1355/2009 en las instituciones educativas, como por ejemplo, cuando declaró la Semana de Hábitos de Vida Saludables (del 22 al 25 de septiembre de 2015), con el fin de

[...] ofrecer a las entidades territoriales orientaciones conceptuales, pedagógicas y operativas para guiar a los establecimientos educativos a la construcción de proyectos pedagógicos transversales, que contribuyan al desarrollo de habilidades y actitudes de los niños y niñas de manera que tomen decisiones pertinentes frente a su salud, su alimentación, su crecimiento, su desarrollo cognitivo y su proyecto de vida, y que aporten a su bienestar individual y al colectivo (Ministerio de Educación, 2015, p. 1).

A pesar de dichas estrategias, de los datos obtenidos se tiene que la mayoría de los municipios, departamentos y colegios estatales a los que se les enviaron derechos de petición, no tiene políticas públicas en materia de alimentación sana en tiendas escolares.

Uno de los pocos departamentos que regula de manera detallada el tema es el Quindío. De acuerdo con la ordenanza 023/2014 se fija paso a paso la forma en la que se debe desarrollar en los co-

legios dos programas de alimentación balanceada escolar, los cuales deben complementarse con charlas didácticas y técnicas que enseñan a los niños y jóvenes la importancia de comer saludable.

En los documentos que contienen las supuestas políticas públicas, se observa y verifica en la mayoría de los casos que los departamentos y municipios en sus respectivos actos administrativos (ordenanzas, acuerdos o resoluciones), fijan unos parámetros muy generales en los que se tratan de implementar algunas acciones tendientes a hacer frente a una problemática que no está bien delimitada, ni identificada. Por tanto, las medidas tomadas en algunos casos no son las más eficaces.

Por su parte, de los 24 municipios que respondieron el derecho de petición solo diez cuentan con política pública estructurada. Entre estos municipios se destaca Barranquilla que aprobó un acuerdo municipal (el 0025/2013) por medio del que se precisa como objetivo evitar la obesidad infantil en colegios públicos y privados, así como el peso ideal de niños y adolescentes. En 23 artículos, el Consejo Municipal estableció algunas medidas como la eliminación en los planteles educativos de las bebidas azucaradas y grasosas, la implementación de estadísticas en obesidad y sobrepeso, campañas de actividad física, nutrición infantil e involucrar a las familias en estas campañas. Además, se adoptó el 24 de septiembre como el día de la lucha contra la obesidad. Se instituyó una remisión obligatoria de los niños con obesidad a su respectiva empresa promotora de salud para que inicie un seguimiento.

Consideramos que este acuerdo municipal y el de Yopal son los más completos entre los recibidos de las diferentes entidades municipales, pues en la regulación de este último municipio se incita a consumir alimentos saludables y de alto valor nutricional en las tiendas escolares. El documento contiene lo relacionado con la distribución y expendio de alimentos saludables de alto valor nutricional y restringe gradualmente los alimentos de alta densidad calórica y bajo valor nutricional.

Igualmente ordena a las tiendas escolares la venta, disponibilidad y acceso de alimentos saludables e inocuos en un plazo máximo de seis meses.

No menos importante es el caso del municipio de Pasto, que mediante acuerdo 036 de 31 de octubre de 2014 aprobó el Plan de Seguridad Alimentaria y Nutricional que procura el mejoramiento de los hábitos alimentarios de toda la población del municipio. Es decir, no está dirigido de manera exclusiva a los colegios. Es un acuerdo muy general que no va enfocado a la población infantil de las instituciones educativas.

En el caso de los colegios que sí tienen política pública, podemos hacer un análisis de la forma como estos tratan de implementar medidas para hacer frente a la malnutrición infantil. En la respuesta del Colegio de Boyacá, de Tunja (una de las pocas que sí tiene) se verifica que la implementación de la política alimentaria y la prevención de la obesidad infantil se basa en el impulso de hábitos saludables tales como la ingesta de frutas, lácteos, cereales y agua así como la intensificación de clases de educación física y el entrenamiento deportivo en diferentes disciplinas. A pesar de ser la respuesta más completa de las recibidas, no se expone el modo como se impulsan estas medidas ni los resultados de ellas.

De las respuestas allegadas por parte de departamentos, municipios y colegios, se pudo constatar que no existe claridad en cuanto a la forma de establecer una política pública en materia alimentaria. Además, se evidenció que las políticas públicas en esta área son escasas en el país, por lo que el Estado deberá tomar medidas con el fin de que el contenido de la ley 1355/2009 se aplique.

Se indagó por las entidades que no tienen una política pública en la materia y se pudo comprobar de manera informal (telefónicamente) que en la mayoría de los casos es por desconocimiento de la ley, por desconocimiento de la problemática en su respectivo colegio o simplemente por desidia administrativa. Es decir, en algunos casos

es un asunto de segundo nivel que no atrae la atención de la administración pública.

Lo anterior, permite afirmar de manera categórica que son muy pocos los colegios que se ocupan de este tema de la política en materia alimentaria de los menores de las instituciones educativas. El desconocimiento de la norma, así como el poco interés en el asunto pueden ser principalmente las causas de este vacío.

Consideramos que se deben seguir adelantando estrategias que den a conocer las obligaciones que prescribe la ley 1355/2009, para que las instituciones educativas realicen con los estudiantes de preescolar, primaria y bachillerato actividades lúdicas, deportivas y recreativas para que los niños y jóvenes aprendan sobre los hábitos de vida saludable, puesto que como lo expresa Fajardo (2012) es más fácil enseñar que modificar hábitos, dado que en esto último, se generan mayores costos en las intervenciones y mayores fracasos. Así, con estrategias educativas dirigidas a los niños y adolescentes se les estimulará a tener la salud adecuada y la energía necesaria para realizar las actividades propias de esta etapa de la vida.

Referencias

- Amador, E. M. & Montealegre, L. P. (2011). Sobrepeso obesidad infantil. Una mirada desde la fisioterapia. *Revista Academia Libre, Universidad Libre de Barranquilla*, 8(9), pp. 129-134.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2012). Nutrición en Colombia II Actualización del estado nutricional con implicaciones de política. Disponible en: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/5932/28May2013%20NT%20nut.pdf?sequence=1>
- Baile, J. I. (2007). *Obesidad infantil ¿qué hacer desde la familia?* Madrid: Síntesis.
- Chueca, M., Azcona, C. & Oyarzábal, M. (2002). Obesidad infantil. *Anales Sistema Sanitario de Navarra*, 25, pp. 127-141.
- Colomer, J. (2005). Prevención de la obesidad infantil. *Pediatría Atención Primaria*, VII(26), abril-junio, pp. 79-99.
- Fajardo, E. (2012). Obesidad infantil: otro problema de malnutrición. *Revista Med*, 20(1), enero-junio, pp. 6-8.
- Fajardo, E. & Ángel, L. A. (2012). Prevalencia de sobrepeso y obesidad, consumo de alimentos y patrón de actividad física en una población de niños escolares de la ciudad de Bogotá. *Revista Universidad Militar*, 20(1), enero-junio 101-116.
- Gómez, L. F., Ibarra, L. & Lucumí, D. (2012). Alimentación no saludable, inactividad física y obesidad en la población infantil colombiana: un llamado urgente al Estado y la sociedad civil para emprender acciones efectivas. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/262108142_Alimentacion_no_saludable_inactividad_fisica_y_obesidad_en_la_poblacion_infantil_colombiana_Un_llamado_urgente_al_estado_y_la_sociedad_civil_para_emprender_acciones_efectivas
- Ministerio de Educación Nacional. (2015). Propuesta de actividades en el marco de la Semana de Estilos Saludables. Disponible en: http://www.mineduacion.gov.co/cvn/1665/articles-353950_archivo_pdf.pdf
- Ministerio de la Protección Social (2010). Encuesta nacional de la situación nutricional en Colombia 2010. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/GCFI/Base%20de%20datos%20ENSIN%20-%20Protocolo%20Ensin%202010.pdf>
- Muzo, S. (2003). Crecimiento normal y patológico del niño y del adolescente. *Revista Chilena de Nutrición*, 30, pp. 92-100.
- Secretaría de Educación de Cali. (17 de agosto de 2011). Tiendas escolares saludables de Cali, modelo para América Latina. Disponible en: <http://www.cali.gov.co/educacion/publicaciones.php?id=41014&dPrint=1>

LA CONTRIBUCIÓN DE VINTILĂ HORIA A LA FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Carlos Ruiz Miguel**

Fecha de recepción: 9 de agosto de 2016

Fecha de evaluación: 20 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 16 de mayo de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3044>

Forma de citación: Ruiz, C. (2017). La contribución de Vintilă Horia a la filosofía de los derechos humanos. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 40, 113-125. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3044>

Resumen

Este artículo explora un aspecto de la obra de Vintilă Horia no estudiado hasta ahora: su filosofía de los derechos humanos. A pesar de que la primera formación universitaria de Horia fue jurídica, su trabajo se decantó por la vía de la literatura y de la filosofía mayormente. La idea de libertad será central en la primera etapa de su obra enfocada desde la perspectiva de las “ciencias humanas”. En su segunda etapa, “holística”, la libertad seguirá siendo el eje de su reflexión, pero desde una mirada que integra también las “ciencias naturales”. Su aproximación “holística” a la cuestión de la libertad desembocará en una reflexión sobre los derechos humanos de acuerdo con la cual el verdadero “defensor” de los mismos no es el Estado, sino alguien que está fuera y tiene una especial capacidad para captar la esencia de lo humano y los peligros que la amenazan: el novelista.

Palabras clave:

Derechos humanos, filosofía, literatura, indeterminismo, libertad.

* Este artículo es resultado de investigación que el autor ha realizado en la línea en derechos fundamentales en el ejercicio de su actividad investigativa universitaria.

** Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, España). Correo electrónico: carlos.ruiz@usc.es

VINTILA HORIA'S CONTRIBUTION TO THE HUMAN RIGHTS PHILOSOPHY

Summary

This article explores an aspect of the Vintila Horia's literary work that has not been studied yet, which is his philosophy about human rights. Although initially Horia had a legal academic formation, his work was mainly carried out on the literature and philosophy fields. The notion of freedom will be the core on the first stage of his work, focused from a human sciences perspective. On its second phase, "holistic", freedom will continue to be the core of his reflection, but from a perspective that also incorporates the natural sciences. Its "holistic" approach on the issue of freedom will lead to a reflection over human rights. However, their protector is not the state, but somebody else from the outside, whom has the ability to perceive the human essence and the dangers that threaten them; the novelist.

Keywords:

Human rights, philosophy, literature, indeterminism, freedom.

A CONTRIBUIÇÃO DE VINTILA HORIA PARA A FILOSOFIA DOS DIREITOS HUMANOS

Resumo

O presente trabalho aborda um aspecto do trabalho de Vintila Horia não estudado até agora: sua filosofia dos direitos humanos. Embora a primeira formação universitária de Horia fosse jurídica, sua obra optou por o caminho da literatura e da filosofia em sua maioria. A ideia de liberdade é central para a primeira fase da sua obra focada desde a perspectiva das "ciências humanas". Em sua segunda fase, "holística", a liberdade continuará a ser o centro da sua reflexão, mas a partir de uma perspectiva que também integra as "ciências naturais". Sua aproximação "holística" para a questão da liberdade levará a uma reflexão sobre os direitos humanos de acordo com a qual o verdadeiro "defensor" dos mesmos não é o Estado, senão alguém que está fora e tem uma habilidade especial para capturar a essência do humano e os perigos que a ameaçam: o romancista.

Palavras-chave:

Direitos humanos, Filosofia, Literatura, Indeterminismo, Liberdade.

Introducción

Este trabajo pretende destacar la relevancia de la contribución de Vintilă Horia a la filosofía de los derechos humanos. Para ello, en primer lugar, recordaré su formación y titulación jurídica que determinará que obtuviera un doctorado en Derecho con un tema en el que profundiza, precisamente, esa filosofía (A). El pensamiento literario y filosófico de Vintilă desde 1959 va a

dedicar a la idea de libertad reflexiones sumamente valiosas desde el ámbito de las ciencias humanas (B). Una década después, en 1969, Horia dirige su preocupación por la libertad con un tratamiento mucho más amplio, no solo ya desde el ámbito de las ciencias humanas, sino también desde el de las ciencias naturales (C).

El resultado de este proceso es una tesis doctoral defendida en 1980 (y publicada en 1981) que

ofrece una perspectiva nueva a la filosofía de los derechos humanos como resultado de la aplicación tanto de sus conocimientos histórico-culturales, cuanto de las nuevas técnicas epistemológicas que desarrolló en la década anterior; un enfoque que atribuye a la novela la capacidad de advertir al ser humano sobre los riesgos que pesan sobre él (D). Ahora bien, esa capacidad de advertencia, no la tiene cualquiera, sino quien posee el “genio” que solo surge donde hay libertad.

A. Vintilă Horia: literato y pensador con formación jurídica

Vintilă Horia (18 de diciembre de 1915-4 de abril de 1992) es un egregio escritor hispanorumano¹ que destaca en el campo de la literatura y de la filosofía. En el campo de la literatura su aportación ha sido especialmente brillante y reconocida por sus novelas (la mayoría escritas originalmente en francés, excepto *Un sepulcro en el cielo*, que para mí es su cima y que está escrita originalmente en español); su poesía, escrita en rumano, sin embargo no ha tenido tanto eco (quizá por falta de traducción).

En cuanto a su pensamiento especulativo, sus ensayos, la mayor parte de ellos escritos en español, han tenido una resonancia muy favorable; no obstante, sus diarios (de los que solo se han publicado dos volúmenes, uno traducido al francés y al español [Horia, 1967] y el otro publicado solo en rumano [Horia, 2015]), son menos conocidos. Por último sus ensayos en la prensa escrita (sobre todo la amplia producción que publicó en el desaparecido diario *El Alcázar* los últimos años de su vida, 1980-1992) y en otras revistas² revelan una extraordinaria inte-

ligencia para la comprensión del mundo junto a su vastísima cultura, pero lamentablemente son ya de difícil consulta (salvo algunos pocos artículos de prensa que están siendo recuperados en un blog³).

La formación académica de Vintilă Horia tiene una doble vertiente⁴. Se licenció en Derecho en la Universidad de Bucarest el 16 de septiembre de 1940. Ya mientras ejercía tareas diplomáticas en Italia y Austria (fue agregado cultural en la Embajada de Rumanía en Viena), realizó estudios de Filosofía y Letras en las universidades de Perugia y de Viena, pero no pudo terminarlos, pues antes fue recluido en un campo de concentración en 1944.

Lo cierto es que la obra (con la notoria excepción que luego se comentará) desarrollada en el exilio entronca más con su formación en filosofía y letras que con su formación jurídica. Obtendría el Diplôme de Licence-ès-Arts, el 3 de julio de 1979 de la Facultad de Letras-Letras Modernas del Instituto Católico de París en la Universidad Pontificia de París.

Sin embargo, ciertas circunstancias personales y profesionales le llevaron en su etapa de madurez a volver al derecho. En efecto, aunque Vintilă era profesor contratado en la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid, no podía acceder a la cátedra (plaza de profesor funcionario) sin poseer el doctorado. A pesar de haber cursado estudios de filosofía y letras en Perugia y Viena no llegó a licenciarse en

³ Véase <http://vintila.blogspot.com.es/>

⁴ Falta una biografía completa y rigurosa de Vintilă Horia, aunque él dejó algunas pinceladas (interesantísimas) de su autobiografía (cfr. Horia, 1970, pp. 5-7; Horia, 1978, pp. 261-265). Entre lo que se ha publicado (sorprendentemente, siempre omitiendo esos pasajes autobiográficos citados *supra*), una de las biografías más completas se encuentra en Martínez Sobrino (2011). Este artículo ofrece numerosos datos aunque alguno inexacto: no parece que llegara a “compaginar su trabajo en la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense con el de catedrático de Literatura en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Alcalá de Henares”, pues parece que obtenido el segundo puesto no siguió en el primero.

¹ Vintilă Horia obtuvo la nacionalidad española por carta de naturaleza mediante decreto 2276/1972, de 21 de julio (*Boletín Oficial del Estado*, 29 de agosto de 1972).

² Vintilă Horia realizó numerosas colaboraciones para la revista *Nuestro Tiempo*. También fundó y dirigió una importantísima revista cultural, *Futuro Presente* (1971-1978), aunque en la misma sus artículos fueron escasos.

esta materia hasta 1979. Resultaba difícil (finales de los años setenta) emprender el doctorado en Filosofía y Letras no teniendo aún la Licenciatura en Letras, sino en Derecho, y por ello, cuando decidió doctorarse lo hizo en Derecho (materia en la que era licenciado). El director de su tesis fue Jaime Brufau Prats, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valladolid. Cómo conoció al profesor Brufau es algo que ignoro por completo. El hecho es que finalmente Horia se doctoró bajo su dirección en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, con la que no había tenido previa relación académica, pero en la que a finales de los ochenta y comienzos de los noventa impartió varias conferencias invitado por la asociación “Europa”. El 14 de marzo de 1980, obtiene el grado de doctor en Derecho con la calificación de “Sobresaliente *cum laude*”.

Una vez obtenido su doctorado, el 2 de diciembre de 1980 la Dirección General de Ordenación Académica y Profesorado autoriza a la Universidad de Alcalá la contratación de Vintilă Horia como profesor catedrático de Literatura Universal Contemporánea para el curso 1980-1981. Allí seguiría siendo catedrático hasta su jubilación. Fue docente en otras universidades y tras jubilarse siguió impartiendo clases en centros privados en Madrid.

El hecho de que tuviera una necesidad profesional de doctorarse le obligó a volver al derecho. Vintilă Horia haría de la necesidad virtud con su tesis doctoral, luego publicada, sobre *Los derechos humanos y la novela del siglo XX*. En esta obra, en la que cristaliza la sabiduría acumulada en los decenios anteriores (en especial el último), ofrecerá una perspectiva nueva para el estudio de la novela y de los derechos humanos.

B. La libertad, núcleo de la reflexión filosófica y literaria de la obra vintiliana

Se ha comentado con razón que la idea de “exilio” que marcó la biografía de Vintilă Horia también atraviesa toda su obra. Pero a veces esta

observación lleva a dejar de lado la relevancia de la idea de “libertad”. A mi juicio, la gran preocupación de la obra de Vintilă Horia es el ser humano. La vida y la libertad humana son el móvil de su obra literaria o ensayístico-filosófica.

La idea de la libertad se halla presente, prácticamente, desde el inicio de su trabajo filosófico. Aunque su primer libro de ensayo publicado en España se dedica al estudio del mito (Horia, 1956), su segundo trabajo teórico (un breve folleto que recoge una conferencia), se concentra ya en la idea de libertad (Horia, 1959)⁵. En este texto, Vintilă indica que para el ser humano toda la vida es poesía y todo es religión. Ambos planos no se confunden, sino que explican la doble dimensión del hombre: el que ha de salvarse aquí y ahora, defendiendo su libertad, amenazada de ver sometido su pensamiento; y el que dispone su salvación eterna mediante la religión (Horia, 1959).

El tercer libro de ensayo de Horia, publicado el mismo año que su gran novela sobre el exilio de Ovidio, y centrado en la figura del escritor rebelde (Horia, 1960a)⁶, una idea muy influida por la obra de Jünger (1951)⁷, no podía dejar de volver al tema de la libertad. En este ensayo examina la actitud de los escritores del periodo soviético para demostrar “la firme actitud de una élite intelectual, ante la tentativa del conformismo oficial de destrozar al hombre y de acabar con su libertad” (Horia, 1960a, p. 135). En ese documento también expresa un pensamiento que se reiterará en su obra, a saber, que el Romanticismo constituyó una época de recuperación de la civilización europea y, a ese respecto, dice que “el respeto para con la persona humana llegó entonces en su apogeo,

⁵ Esta publicación alberga una conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid el 19 de mayo de 1959. Estudia este trabajo Pascucci (1968).

⁶ Hay una reedición veinte años más tarde (Horia, 1980) en la que se cambia el título del texto y se añaden algunos datos, además de un nuevo capítulo (“IX. El rostro de la disidencia”).

⁷ En las páginas 16 y 22 a 25 del “Prólogo sobre el anticonformismo” de Horia (1960a) hay una referencia expresa a este trabajo de Jünger.

y también la libertad de expresión” (Horia, 1960a, p. 13)⁸.

La obra literaria de Vintilă Horia nos muestra diversas aproximaciones a la idea de libertad: el exilio y la resignación.

La aproximación a la idea de libertad a través del exilio se halla en su primera gran novela, la dedicada a Ovidio, publicada también en 1960 (Horia, 1960b). Se suele comentar que esta novela tiene como centro la reflexión sobre el exilio, pero se olvida que este es la consecuencia de la pérdida de la libertad (“hemos perdido toda libertad y basta una palabra, murmurada por un esclavo al oído de un policía, para perder tanto los bienes como la vida” [Horia, 1960b, p. 151]). Y es que, en efecto, “la libertad se paga cara, pero merece la pena pagar ese precio” (Horia, 1960b, pp. 74-75). Es en el exilio donde Ovidio encuentra la libertad: “Si el deseo de vivir en libertad puede más en usted que la esperanza de volver a Roma, no vacile en emprender de nuevo el camino del Arroyo Salado” (Horia, 1960b, p. 230).

El acercamiento a la idea de libertad se hace también a partir de la idea de resignación en su siguiente novela, de 1961, una “historia del bosque rumano y de la libertad” en palabras del autor en la dedicatoria que me hizo de su libro. En la dedicatoria impresa Vintilă ofrece su novela “A los habitantes de mi bosque, los cuales, en nombre de los hombres, se resignan a la libertad” (Horia, 1961), a lo que sigue una expresiva cita de Kierkegaard “El caballero de la resignación renuncia al logro completo y se inclina con toda humildad ante el poder eterno. Es su libertad” (Horia, 1961, pp. 7-8).

Bien es cierto que muchos pasajes de la obra tratan de la libertad de los pueblos, pero eso no significa que se olvide el tema de la libertad humana que tiene su fuente, precisamente, en la resignación:

⁸ El pasaje de la edición de 1980 (p. XII) corrige la redacción y dice “el respeto para con la persona humana llegó entonces en su apogeo”.

Había, pues, que resignarse. Era la única salida hacia la libertad entre los límites que imponía esta breve servidumbre situada entre el nacimiento y la muerte [...]. Sí, esto era lo único que le quedaba por hacer. Renunciar a su sueño de sabiduría y de inmortalidad, resignarse sin maldecir, combatir junto a sus campesinos para que el bosque siguiera alimentando la esperanza en el corazón de los esclavos [...] ¿No era esta acaso la única libertad permitida al hombre en medio de las leyes que del hombre hacen un cautivo arrojado al fondo de las tinieblas? (Horia, 1961, pp. 186-187).

Vintilă Horia, de algún modo, sintetizará estas dos vías en un pasaje de su tercera novela de los años sesenta, *Los imposibles*, donde dice que “el hombre no puede elegir la libertad más que en sí mismo, huyendo de un país a otro, o conociéndose cada vez más y reculando hacia sus propias profundidades como un cangrejo” (Horia, 1962, pp. 43-44).

La siguiente novela de Horia, *La séptima carta*, sobre Platón, constituye el fin de una primera etapa en su obra y el inicio de la fase que desarrollará años después. En esta novela, que debe leerse conjuntamente con un valiosísimo opúsculo filosófico que escribió sobre el mismo asunto que trata su novela, Vintilă Horia va a prefigurar una tesis que luego ampliará en su etapa holística y que es muy importante para entender su ulterior reflexión sobre los derechos humanos: la de que el presupuesto de la crisis es una escisión.

Dice el autor que en la época de Platón, “como en todo proceso de descomposición”, asistimos “a una separación cada vez más acentuada entre lo divino y lo humano, a un desbordamiento de este sobre aquel” de suerte que la “decadencia religiosa (lleva) detrás de sí el cadáver de la decadencia política” (Horia, 1964b, p. 8). Y observa que “el tiempo de todas las juventudes está hecho de encuentros milagrosos; el de la vejez de separaciones profanas” (Horia, 1964a, p. 293). De este modo “la pérdida de

la fe” es la causa del “final de ciclo” (Horia, 1964a, p. 63).

En un contexto así, los dirigentes “gobernaban con ayuda de la mentira, creyendo salvar con pequeños éxitos un conjunto podrido en su base a causa de un crimen original” (Horia, 1964a, p. 136). Y añade, siguiendo a Paul Hazard, que el principio de la descomposición occidental se produce a fines del siglo XVII cuando la intelectualidad europea:

[...] se aleja decididamente de los valores digamos tradicionales o religiosos y acepta como norma artística y como ley de vida cotidiana la depreciación de los valores supremos de los que habla Heidegger. La libertad del individuo coincidió, pues, con la negación de todos aquellos valores que Platón quiso salvar, que fueron reconocidos como tales por el cristianismo, que dieron al concepto de *areté* un nuevo empuje durante el Renacimiento y que perecieron bajo el alud de falsos atrevimientos llamado progreso (Horia, 1964b, p. 23).

En la reflexión filosófica sobre su propia novela, Vintilă teoriza sobre la virtualidad de la novela como técnica de conocimiento avanzando ideas que madurará una década después. Dice que “una novela fiel al concepto de *areté*” puede

[...] dar cuenta de la totalidad del fenómeno Platón, en el sentido de que la vida y obra, todo lo que la exégesis filosófica o la simple biografía ignoran recíprocamente, solo la novela es capaz de presentarlo bajo una luz de unidad (Horia, 1964b, p. 25).

C. De las ciencias humanas a las ciencias naturales: la comprensión holística de la libertad

Es el propio Vintilă Horia quien confiesa que es a partir de 1969 cuando amplía de forma decisiva el horizonte de sus preocupaciones (Horia,

1986)⁹. Se inicia su etapa holística, también en otros aspectos, metapolítica. Si hasta ahora había empleado sus talentos en profundizar en el arte y en la filosofía, una serie de circunstancias hará que empiece a tomar contactos con otras ramas del saber. Se comienza así su etapa “holística”. Esta nueva fase aparece marcada por cuatro hitos: primero, la dirección de la colección Punto Omega (1966-1969); segundo, la preparación y publicación de su obra *Viaje a los centros de la Tierra* (1970, 1971); tercero, la elaboración de su *Encuesta detrás de lo visible* (1975); y cuarto, la fundación y dirección de la revista *Futuro Presente* (1971-1976).

Sus frutos se traducirán, al margen de numerosos y brillantes artículos de prensa, en varios libros fundamentales: *Viaje a los centros de la Tierra* (1971), *Introducción a la literatura del siglo XX* (1976), *Consideraciones sobre un mundo peor* (1978) y *Los derechos humanos y en la novela del siglo XX* (1981).

a. Los cuatro hitos del tránsito a la fase holística de Vintilă Horia

El primero de los hitos que señalan el tránsito hacia la fase holística del pensamiento vintiliano lo marca la designación de Vintilă Horia como director de la colección Punto Omega de la editorial Guadarrama en la segunda mitad de los años sesenta (1966-1969). Como dice Horia, gracias a esa colección se fueron

⁹ En este artículo Vintilă dice: “me parece satisfactorio, desde un punto de vista personal, el que miembros de la Unesco y de la Fundación Cini, veneciana también, reunidos en la ciudad de Tiziano y de los dogos, hayan llegado en 1986 a las conclusiones a las que el autor de estas líneas llegó, año tras año y libro tras libro, desde 1969 a esta parte. No voy a pecar por modestia ni por su contrario, pecados intelectuales en sus insuperables excesos, afirmando que no tuve día ni noche de descanso, durante casi dos decenios, al constatar el desnivel existente entre los avances de la ciencia, y especialmente de la física, y el empeño de la política, como de la ciencia política, en seguir aplicando a la humanidad fórmulas y tácticas pertenecientes al siglo pasado”.

[...] revelando al público español libros fundamentales como los de Jean Charon, Stéphane Lupasco, Pascual Jordan, Weizsäcker, Jacques Rueff, Jules Monnerot, Pierre de Boisdeffre y muchísimos más que hicieron de aquella colección y en poco tiempo la más prestigiosa representación de la reforma espiritual, en sentido contrarrevolucionario, que se estaba produciendo en el mundo bajo el impacto, por un lado, de la nueva ciencia, y, por el otro, de una literatura, una filosofía y una crítica literaria que nada tenían que ver con los decadentes mausoleos leninistas del realismo pseudosocialista (Horia, 1984).

En esos años disminuirá el ritmo de sus propias publicaciones y, de hecho, si en la primera mitad de los sesenta publicó cuatro novelas, en la segunda mitad solo publicó una (*Una mujer para el Apocalipsis*), que apareció precisamente en la colección Punto Omega en 1968. En un pasaje de esta novela se aprecia ya cómo Vintilă ha empezado a profundizar en el estudio de la física cuántica que abrirá nuevos horizontes a su pensamiento (Horia, 1968).

El segundo hito, y a mi entender el más importante, lo signa la preparación y publicación en 1971 de una obra esencial en el pensamiento vintiliano: su *Viaje a los centros de la Tierra*. Este “viaje” fascinante e iniciático fue posible gracias a Enrique Costas Lombardía, director de la publicación *Tribuna Médica* que fue quien encargó a Vintilă la realización de las entrevistas que componen el “Viaje”. En la “Nota preliminar” al *Viaje...* se realizan ya afirmaciones que resultan claves para entender el pensamiento holístico de Vintilă Horia:

[...] sigue siendo la filosofía la manera o la técnica más adecuada para explicar lo que sucede con el hombre en general y con nuestros contemporáneos en particular [...]. Pero también iremos a visitar a algún científico, a algún filósofo de las ciencias, a algún médico famoso, a algún industrial con capacidad para filosofar, a algún ci-

neasta, a algún historiador y ¿por qué no? a algún físico y a algún novelista. Todas las actividades constituyen medios para otorgar al hombre el dominio del mundo exterior, pero también sobre sí mismo, y todas las disciplinas actuales, todas las técnicas del conocer, tratan hoy de elaborar un lenguaje común, de inventar un terreno intermedio donde poder alcanzar un vocabulario general, un pacto entre las sabidurías, que hagan posible otra vez un entendimiento total del hombre (Horia, 1971, p. 8).

Y es que, como sostiene el autor al final de esta “Nota”,

Espero, además, que el lector pueda formarse una idea total y sintetizadora acerca de las artes y disciplinas que hoy mueven el mundo, con el fin de poder comprender, una vez cerrado el libro, que la Verdad es una y que solo difieren nuestras técnicas para acercarnos a ella (Horia, 1971, p. 12).

La *Encuesta detrás de lo visible* sería el tercer hito que jalona el proceso de formación del pensamiento holista de Vintilă Horia. Igual que el *Viaje...*, esta *Encuesta...* fue posible gracias a Enrique Costas Lombardía, que, como ocurrió con el *Viaje...* encargó a Vintilă la ejecución de las entrevistas que forman esta *Encuesta...* para su publicación en la citada revista. La *Encuesta...* de 1975, podríamos decir, empieza allí donde termina el *Viaje...* Si esta última obra finalizaba con varias entrevistas a médicos sobre el cerebro o los efectos de las drogas en la psique, la *Encuesta...* va a intentar ir más allá de la psicología para adentrarse en la parapsicología.

Nuevamente la “Introducción” de la obra nos ofrece las claves de la misma. Allí dice Vintilă que “pasar del esoterismo a la física nuclear no resulta ilícito y tampoco desprovisto de posibilidades de reflexión lógica” (Horia, 1975, p. 15). En dicha “Introducción” Horia hace una referencia a una idea ya expresada por el sociólogo Simmel que coincide con las premisas de las que parte nuestro autor:

El sociólogo Georg Simmel había escrito este pensamiento hace ya varios decenios dando cuenta de la restricción fundamental de las ciencias: “Cada vez que una ciencia particular trata de formular respuestas universalmente verdaderas, respuestas, sobre todo, a las preguntas fundamentales referentes al hombre, al Universo, se sale de su propio cauce y terrenos y se va por las ramas”.

Para que esto no suceda, cada ciencia particular se encuentra hoy en la obligación de unir sus esfuerzos con los de las disciplinas que enfocan el tema del hombre y del Universo como método y fin. [...] El alma [...] es algo que lo une (al hombre), al mismo tiempo a la vida terrenal y a la promesa inquietante del más allá. En este sendero de dos carriles es en el que me he esforzado en mantener mis caballos a lo largo de este nuevo viaje (Horia, 1975, pp. 16-17).

El cuarto hito está señalado con la fundación y dirección de la revista *Futuro Presente* (subtitulada “Revista mensual de cibernética y futurología”) que llegó a publicar 41 números (1971-1978), una revista que no tiene parangón en España cuarenta años después. Ciertamente, Horia publicó pocos artículos en esa revista que dirigía (algunos luego reproducidos en *Consideraciones sobre un mundo peor*), pero continuó allí la tarea que había emprendido en su *Viaje a los centros de la Tierra* no solo publicando entrevistas a representantes señeros del pensamiento y la ciencia contemporáneos, sino dando a conocer al público español artículos de los pensadores más brillantes de las ciencias humanas y naturales.

Llama poderosamente la atención que en este proceso en el que Horia dota de mayor completitud a su aproximación a la realidad humana estuviesen ausentes los juristas (también los teóricos de la política).

b. *Los frutos del nuevo enfoque holístico del pensamiento vintiliano*

Los frutos del nuevo enfoque holístico del pensamiento vintiliano serán, aparte del *Viaje...*, tres obras importantísimas ya mencionadas: *Introducción a la literatura del siglo XX*; *Consideraciones sobre un mundo peor* y *Los derechos humanos y la novela del siglo XX*. Me detendré brevemente en las dos primeras, dejando la última para un análisis separado.

Aunque publicada en 1978, *Consideraciones sobre un mundo peor* está formada, con la excepción del primero y de la mitad del último de los trece ensayos que la contienen, de textos ya publicados en diversas revistas o en conferencias pronunciadas entre 1970 y 1976, por lo que podría considerarse como una obra anterior a la *Introducción a la literatura del siglo XX*, aunque se haya editado después.

Es significativo que en este libro Vintilă Horia se separe del pensamiento de su admirado Giovanni Papini, formulando ideas que luego profundizará acerca del Renacimiento. Papini, según cuenta Horia en la obra dedicada a este autor, veía en el Renacimiento continuación del mensaje cristiano (Horia, 1965), una síntesis del misticismo medieval y del optimismo del mundo antiguo (Horia, 1965); sin embargo, en 1978, Horia, aunque no haga explícita esta disidencia, no comparte ese juicio y considera que el Renacimiento no era más que una imitación de lo que hicieron griegos y romanos.

La *Introducción a la literatura del siglo XX* es, sin duda, una de las obras más importantes del Vintilă Horia “teórico”. No solo es ya un fruto maduro de la etapa “holística” del pensamiento vintiliano, sino que ofrece una de las más sugestivas y penetrantes visiones de la literatura del siglo XX nunca publicadas. Allí Vintilă formula una tesis cuya validez demuestra con los relucientes análisis de la literatura del siglo XX que realiza:

Hemos llegado, pienso, a un punto favorable para la siguiente formulación, en relación directa con el propósito del presente libro: la literatura no es una actividad aislada, que formula a veces conceptos y juicios ajenos a las demás actividades del espíritu, sino que, al contrario, es una técnica del conocimiento –igual que la física, la biología, la astronomía, la psicología o la pintura– contemporánea de las demás gnoseologías.

[...]

Y [...] la novela es el género literario que mejor condensa dicha contemporaneidad (Horia, 1976, p. 14).

El autor explica por qué la novela tiene, a su juicio, esa capacidad:

[...] una técnica de conocimiento puede aunar ciertos esfuerzos, con el único fin de ofrecer una imagen más correcta y completa del hombre que la de los siglos anteriores [...].

Esta técnica del conocer con posibilidades epistemológicas, en sentido más bien estético que científico, es la novela. La literatura en general, y la novela en especial podría ser el terreno más propicio para un acercamiento entre las diversas técnicas del conocimiento humano (Horia, 1976, pp. 16-17).

Esta idea quedará ya asentada en el pensamiento vintiliano. Así, en un texto de sus *Consideraciones...* y redactado después (la segunda parte del capítulo decimotercero de la obra) lo reiterará:

La novela es una técnica del conocer, la más completa, la única posibilidad de encerrar la realidad en una sola obra, más que la física, o la biología, o la música, la única verdaderamente capaz de describir un todo y de enseñar (Horia, 1978, p. 264).

D. La reflexión vintiliana sobre los derechos humanos a la luz de su entendimiento holístico de la libertad

Como se ha dicho en la primera parte de esta contribución, la reflexión de Horia sobre los derechos humanos es un ejemplo de cómo la necesidad se hizo virtud. A fin de poder ostentar una cátedra universitaria en la Universidad de Alcalá, Vintilă Horia precisaba de contar con el título de doctor, pero resultaba difícil doctorarse en Filosofía y Letras ya que, aunque había iniciado sus estudios en este terreno en 1941 no los concluyó hasta 1979. En consecuencia, la necesidad personal y profesional de obtener un doctorado tuvo que orientarse al derecho, saber en el que Vintilă se licenció en 1940.

Este es el origen de su tesis “Los derechos humanos y la novela del siglo XX” que obtuvo la máxima calificación en 1980 y se publicó al año siguiente. Dicho trabajo doctoral va a ser también una especie de autobiografía vital e intelectual según palabras de Vintilă a quien esto firma. Aunque el autor divide su obra solo en capítulos, se perciben, claramente, tres partes. La primera es donde Horia sienta las bases de su teoría (capítulos I-IV, páginas 13-125); la segunda es donde pone a prueba, con su espléndido conocimiento de la novela del siglo XX, la validez de su teoría (capítulos V-IX, páginas 127-223) y una última parte conclusiva (capítulo X, páginas 225-238).

a. La incongruencia de las premisas básicas de la teoría de los derechos humanos

La nueva visión sobre el Renacimiento (tan distinta de la que tenía Papini y que Horia asumió en su obra sobre el italiano de 1956) y el indeterminismo de la física cuántica en la que empezó a profundizar desde 1969, le llevaron a ver las premisas básicas sobre las que, incongruentemente, se apoyó la teoría de los derechos humanos.

En primer lugar, para Vintilă Horia, “la aparición y proclamación de los derechos humanos está ligada a un sistema heredado del Renacimiento” (1981, pp. 45 y 234). Ahora bien, el afán de competir (y no ya colaborar) con Dios en la labor de modificación del mundo, considerado imperfecto y al que el hombre podría perfeccionar es un afán típicamente renacentista (Horia, 1981). Para Horia, la escisión establecida por Descartes entre la *res cogitans* (el sujeto) y la *res extensa* (el objeto) llevó a considerar que “los otros” son unos objetos que el sujeto puede transformar según sus deseos, y si el objeto no se aviene al proyecto del sujeto, la posibilidad de transformar el sujeto puede convertirse en castigo o incluso en eliminación (Horia, 1981), como ocurrió con el genocidio de la Vendée, justificado para “sellar para siempre los derechos de la humanidad” (Horia, 1981, p. 95).

Esta escisión cartesiana es el corolario de la separación, ruptura, que se produce en el Renacimiento entre el hombre y Dios, que tiene como efecto dejar al hombre con miedo a la soledad, lo que obligaba a precisar y definir unos derechos que antes estaban sobreentendidos. Si en las épocas medievales o románticas, de vuelta a Dios, la defensa del hombre estaba en Dios, en las épocas renacentistas o neoclásicas los derechos humanos aparecen como algo conseguido por el hombre en contra de sí mismo o de otros hombres (Horia, 1981). Y es que la aparición de las declaraciones de derechos humanos coincide con la conversión del Estado en Leviatán todopoderoso (Horia, 1981).

Además, Horia indica que la “formulación de los derechos humanos se hace en el marco de la filosofía y de la ciencia ‘clásicas’, que eran deterministas” (1981, pp. 51-52), lo que significa la imposibilidad de enfocar correctamente el concepto de libertad. Un ejemplo de ello es la filosofía de Holbach, que trata de extraer de la naturaleza (entendida de modo mecanicista y determinista) principios valederos para el ser humano (Horia, 1981). El resultado de este enfoque erróneo es que a medida que se proclaman derechos del hombre lo prohibido

aumenta progresivamente y lo permitido se reduce (Horia, 1981).

El final del siglo XX ofrecía para Vintilă un panorama ante el que estaba “aterrorizado”, a saber, una situación en la que al mismo tiempo que las Naciones Unidas hacen las más bellas declaraciones de derechos humanos: “el poder económico, unido al dominio de la técnica, controla hoy el poder político, desde una perspectiva humana más reducida aún y dentro de cuyo aislamiento casi ascético, pero en sentido invertido, ningún derecho humano puede sobrevivir” (Horia, 1981, p. 125).

b. Un nuevo paradigma para la fundamentación de los derechos humanos

En su lugar, el autor propone otra óptica, que es la del paradigma de Dios y del ser humano y de la nueva ciencia indeterminista, es decir, el paradigma de la libertad.

Por un lado, Vintilă parte de la premisa de que Dios es perfecto pero el hombre es imperfecto. De ahí que, siguiendo a Jünger, considere que situar, como pretenden algunas utopías, al hombre en un estado de “perfección”, implica negar la naturaleza imperfecta del hombre, que no es sino el hecho de que por su libre albedrío tiene la posibilidad de caer en o elegir el error. Así, la “falta de peligro” derivada de la “seguridad” que pretenden algunas utopías e ideologías se convierte en un “peligro metafísico” que acabaría con la Historia, que no es sino el escenario de peligros (Horia, 1981).

A partir de ahí, inspirándose en santo Tomás de Aquino, Horia sostiene que a “más religión, más libertad” pues “menos religión, o sea, menos conciencia del pecado original, (significa) menos libertad en la medida en que la falta de religión o de conciencia religiosa trae consigo más autoridad y formas de Estado cada vez más autoritarias” (Horia, 1981, p. 153)¹⁰. La consecuencia clara para Horia, es que los “derechos sin libertad” (es

¹⁰ Aunque Horia no lo cita, ese pensamiento coincide con el de Juan Donoso Cortés y su teoría de las “dos represiones” en su *Discurso sobre la dictadura* (1848).

decir, la proclamación de “derechos humanos” sin reconocer el libre albedrío) son “pura forma sin contenido” (Horia, 1981, p. 155). O dicho de otra manera, si negando la imperfección humana se diviniza al hombre este pierde sus “derechos” (Horia, 1981), lo cual es explicable, pues un dios no necesita “derechos”. Si desaparece el “hombre”, desaparecen sus derechos (Horia, 1981).

Por otro lado, Vintilă Horia concreta más al decir no solo que la premisa de una perspectiva correcta es la admisión de la perfección divina y de la imperfección del ser humano dotado de libre albedrío, sino que la religión que mejor expresa esa realidad es el cristianismo. Precisamente porque el cristianismo considera como dogmas de fe el “libre albedrío” y la imperfección del hombre necesitado de la ayuda divina (la gracia), es la única religión sobre la que se pueden formular unos “derechos humanos” con contenido. Y, al contrario, el humanismo renacentista y la revolución que han atacado frontalmente al cristianismo no permiten que los derechos humanos proclamados de palabra puedan hacerse realidad (Horia, 1981). Horia compara la idea de Toynbee de que una fe religiosa es el principio de toda civilización y el cristianismo es el principio de la civilización occidental. Dado que para Horia la idea de los derechos humanos surge en el marco del cristianismo, el debilitamiento u olvido de este supone un debilitamiento de aquellos, y al contrario, la mayor vitalidad del cristianismo significa una mayor vitalidad de esos derechos (Horia, 1981).

c. *La novela antideterminista del siglo XX y los derechos humanos*

En esa onda, la de la libertad, se sitúan los novelistas antideterministas del siglo XX, según la cual el otro no es un objeto, sino otro sujeto: no somos iguales, somos hermanos (Horia, 1981). El escritor puede ser “observador objetivo de la sociedad porque es observador objetivo de sí mismo” (Horia, 1981, p. 200). Y en ese escenario, el literato funge como auténtico

defensor del ser humano (Horia, 1981). Ya en el Romanticismo Vintilă constata cómo el novelista romántico se erigirá en defensor de los débiles (Horia, 1981).

Pero el escritor, dice Horia, ha dejado de ser un simple literato o un humanista; se ha convertido en algo más: en el “representante de una totalidad”. No defiende a una “clase social” o a una “categoría intelectual”, sino “al Hombre en sí, víctima de unos instrumentos forjados a su favor desde el Renacimiento hasta hoy y transformados con el tiempo en armas letales” (Horia 1981) contra el propio ser humano. El enfocar los derechos humanos desde la perspectiva que los novelistas tienen del hombre como poseedor de unos derechos en peligro es, para Vintilă, “la única manera de llegar al mismo tiempo a un conocimiento auténtico del hombre y a una posible solución”. Para él, ningún género literario, fuera de la poesía épica de la Grecia clásica, ha coincidido tanto con el destino del hombre en su trágica completitud como la novela del siglo XX (Horia, 1981).

Para tratar de demostrar su teoría, Horia examina las novelas y los autores que a lo largo del siglo XX se erigieron en defensores del ser humano: Kafka, Pasternak, Solzhenitsyn, Camus, Huxley, Orwell, Zamiatin, Witkiewicz, Hesse, Jünger, Unamuno, Graham Greene y Julien Green. ¿Cómo defiende la novela al ser humano? Para Horia, el novelista no hace profecías, sino advertencias (Horia, 1981) que se cumplirán o no de acuerdo con lo que libremente hagan los hombres.

d. *El novelista, profeta o genio*

En *Los derechos humanos y la novela del siglo XX* se explica, sí, que la novela se halla en una posición privilegiada para advertir al ser humano, pero no se termina de explicar el por qué eso sucede. Las ideas de esta obra serán objeto de un desarrollo literario en una novela posterior, el siguiente libro de la bibliografía de Horia. En esa novela encontraremos una respuesta a la pregunta. Allí dice que “la

religión debería manifestarse como lo hace el arte: a unos privilegiados que se encargarían de retransmitir el mensaje” (Horia, 1983, p. 150). La novela vendría a ser el oráculo del siglo XX.

A la postre, Horia, aunque no lo diga así, confía en el “genio”. El genio es esa luz superior que ilumina las mentes no solo para ver, sino para hacer ver, lo que el resto no ve. Y el genio, por definición, es algo imprevisible e indeterminado. Es un regalo que se hace a un ser predispuesto a recibirlo porque goza de libertad.

Conclusión

La contribución de Vintilă Horia a la filosofía de los derechos humanos es importante y original. Su acercamiento holístico al estudio de los derechos humanos permite identificar los condicionamientos que impiden su pleno desarrollo y cumplimiento así como quiénes son los “guardianes” más idóneos de los mismos. Horia demuestra que un pensamiento anclado en premisas y en un marco determinista y que no parta de una concepción correcta del hombre como ser libre, pero “humano” y no divino, resulta contradictorio con la idea de derechos humanos y lastra su desarrollo. Así mismo, considera que los novelistas del siglo XX, precisamente por partir de la premisa adecuada, han sido los auténticos “custodios” del ser humano y de sus derechos.

Referencias

- Boletín Oficial del Estado, 29 de agosto de 1972.
- Donoso, J. (1849). Discurso pronunciado en el Congreso el 4 de enero de 1849. En: *Obras de Don Juan Donoso Cortés* (pp. 87-90). Madrid: Sociedad Editorial de San Francisco de Sales.
- Horia, V. (1956). *Presencia del mito*. Madrid: Escelicer.
- Horia, V. (1959). *Poesía y libertad*. Madrid: Ateneo.
- Horia, V. (1960a). *La rebeldía de los escritores soviéticos*. Madrid: Rialp.
- Horia, V. (1960b). *Dieu est né en l'exil*. París: Fayard.
- Horia, V. (1961). *Le chevalier de la résignation*. París: Fayard.
- Horia, V. (1962). *Les impossibles*. París: Fayard.
- Horia, V. (1964a). *La septième lettre*. París: Plon.
- Horia, V. (1964b). *Platón, personaje de novela*. Madrid: Nacional.
- Horia, V. (1965). *Giovanni Papini*. Madrid: Escelicer.
- Horia, V. (1967). *Journal d'un paysan du Danube*. París: La Table Ronde.
- Horia, V. (1968). *Une femme pour l'Apocalypse*. París: Julliard.
- Horia, V. (1970). *El hombre de las nieblas*. Barcelona: Plaza & Janés.
- Horia, V. (1971). *Viaje a los centros de la Tierra*. Barcelona: Plaza & Janés.
- Horia, V. (1975). *Encuesta detrás de lo visible*. Barcelona: Plaza & Janés.
- Horia, V. (1976). *Introducción a la literatura del siglo XX*. Madrid: Gredos.
- Horia, V. (1978). *Consideraciones sobre un mundo peor*. Barcelona: Plaza & Janés.
- Horia, V. (1980). *Literatura y disidencia. De Mayakovski a Soljenitsin*. Madrid: Edica.
- Horia, V. (1981). *Los derechos humanos y la novela del siglo XX*. Madrid: Magisterio Español.
- Horia, V. (1983). *Perseguid a Boecio*. Madrid: Dyrsa.
- Horia, V. (1984). Recuerdo de Andrés Bosch y de otras genialidades. *El Alcázar*, febrero. Disponible en: <http://vintila.blogspot.com.es/2007/12/recuerdo-de-andrs-bosch-y-de-otras.html>

- Horia, V. (1986). Comentario muy personal a la "Declaración de Venecia". *El Alcázar*, 5 de junio. Disponible en: <http://vintila.blogspot.com.es/2009/02/comentario-muy-personal-la-declaracion.html>
- Horia, V. (2015). *Memoriile unui fost sagetator*. Bucarest: Vremea.
- Jünger, E. (1951). *Der waldgang*. Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann.
- Martínez, A. (2011). Las *Tristes* de Ovidio a través de *Dios ha nacido en el exilio*. *Diario de Ovidio en Tomis* de V. Horia. *Myrtia*, 26, pp. 289-312.
- Pascucci, L. (1968). El tema de la libertad en los escritores rumanos contemporáneos. *Revista de Estudios Políticos*, 157, pp. 161-168.

MAIS TOGAS E MENOS SABRES: AMPLIAÇÃO DE COMPETÊNCIA DOS JUÍZES TOGADOS NA JUSTIÇA MILITAR BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL*

Susi Castro Silva**

Fecha de recepción: 21 de marzo de 2016

Fecha de evaluación: 12 de mayo de 2017

Fecha de aprobación: 16 de mayo de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3045>

Forma de citación: Castro, S. (2017). Mais togas e menos sabres: ampliação de competência dos juízes togados na justiça militar brasileira e o princípio do juiz natural. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 40, 127-144. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3045>

Resumo

A justiça militar brasileira vem sendo criticada ao longo do século XX, ora porque seria um juízo de exceção, ora porque seria um privilégio de classe. No núcleo de ambas as críticas encontra-se o fato de os militares, apesar de não possuírem conhecimentos jurídicos, exercerem função jurisdicional nos conselhos de justiça através do escabinato, que é formado por um civil magistrado (o toga) e por quatro militares (os sabres). Nesse trabalho, com base no método hermenêutico-concretizador de interpretação con

titucional, analisou-se a composição desses conselhos de justiça em relação ao princípio do juiz natural, conforme a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave:

Justiça militar, processo penal militar, princípios constitucionais, juiz natural, escabinato.

* Artigo de reflexão com base em monografia homônima apresentada pela a autora em 2014 à Universidade Federal do Ceará.

** Advogada. Membro conselheira da Comissão de Direito Militar da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Ceará (OAB/CE). Especialista em História Militar pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFCE), Licenciatura em Letras pela União Metropolitana de Educação e Cultura (UNIME). Serviu como militar no Primeiro Esquadrão do Sétimo Grupo de Aviação da Força Aérea Brasileira (2005-2008).

MORE GOWNS AND LESS SABERS: COMPETENCEZS OF THE CIVILIAN JUDGES IN THE BRAZILIAN MILITARY JUSTICE AND THE NATURAL JUDGE PRINCIPLE

Summary

The Brazilian military justice has been criticized along the twentieth century because it might be either a trial of exception or a class privilege. In the core of both critics, it has been found that even though the military does not have any legal knowledge, they do exercise a jurisdiction function through the “escabinato”, which is composed by a civilian judge (the gown) and four military (the sabers). In the hereby article, based on the hermeneutic-concrete method of constitutional interpretation, the composition of those justice councils with regards to the natural judge was analyzed, in accordance with the Federal Constitution of 1988.

Keywords:

Military justice, military criminal proceedings, constitutional principles, escabinato.

MÁS TOGAS Y MENOS SABLES: AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS DE LOS JUECES CIVILES EN LA JUSTICIA MILITAR BRASILERA Y EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL

Resumen

La justicia militar brasileña viene siendo criticada a lo largo del siglo XX, ya sea por ser un juicio de excepción o por constituir un privilegio de clase. En el centro de ambas críticas se encuentra el hecho de que los militares, a pesar de que no poseen conocimientos jurídicos, ejerzan una función jurisdiccional en los consejos de justicia a través del escabinado, que se conforma por un magistrado civil (la toga) y cuatro militares (los sables). En este artículo, con base en el método hermenéutico-concretizador de interpretación constitucional, se analizó la composición de esos consejos de justicia en relación con el principio del juez natural, conforme con la Constitución Federal de 1988.

Palabras clave:

Justicia militar, proceso penal militar, principios constitucionales, juez natural, escabinado.

Introdução

No Brasil, tanto a Justiça Militar da União (JMU) como a Justiça Militar Estadual (JME) possuem historicamente como órgãos judicantes em primeira instância os conselhos de justiça compostos por civis magistrados (os togas) e militares (os sabres), sendo que estes são maioria. A despeito de, por variados motivos, a justiça militar brasileira ter sido criticada em todas as constituintes, os problemas fáticos decorrentes especificamente

dessa estrutura judicante, na qual predominam militares investidos de jurisdição, somente vem sendo evidenciados na atualidade, através, por exemplo, das inspeções realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Inclusive, constam em seus relatórios possíveis práticas atentatórias à independência da magistratura, morosidade, favorecimento a réus, falta de transparência, nepotismo e até desvios de função, conforme se verifica no Auto Circunstanciado de Inspeção Preventiva na Justiça Militar Estadual do Rio

Grande do Sul, em Brasil (2008). Mas extinguir a justiça militar por conta desses problemas não é uma solução jurídica, tendo em vista que essa justiça especializada foi constitucionalmente instituída, de forma que extingui-la seria amputar a organização judiciária estabelecida pelo poder constituinte originário.

No entanto, por melhor que seja a intenção dos militares, sua “experiência de caserna” não supre a imprescindibilidade de competência acadêmico-jurídica no exercício da atividade judiciária, nem justifica o descumprimento de normas (princípios e regras) constitucionais de investidura, assecuratórias do devido processo legal. Em zelo a este princípio geral, a Constituição Federal de 1988 estabelece vários princípios específicos tal como o da imparcialidade do qual decorre o princípio do juiz natural.

A. A herança do sistema militar romano e a origem da justiça militar no sistema judiciário brasileiro

Em Roma, conforme leciona Palma (2010) o direito militar se desenvolveu como ramo autônomo, com instituições e institutos peculiares, e aplicado por uma justiça especializada. Inicialmente, porém, a justiça militar romana foi exercida pelos reis, que além de concentrarem em si todos os poderes estatais, eram os próprios comandantes de seus exércitos e participavam das batalhas, segundo descreve Ribeiro (2008). Segundo Gusmão (1915), eles aplicavam o *jus commune* porque, como a disciplina militar detinha a mesma organização disciplinar da cidade, o mesmo “*abstractum* jurídico-moral” servia de alicerce para ambas.

Mais tarde, à época do Império, os cônsules passaram a deter o *imperium majus*, podendo julgar tanto os civis como os militares. Com a expansão do Império, e como os cônsules ficavam sediados em Roma, segundo Gusmão (1915) a justiça militar passou a ser exercida pelos prefeitos do pretório, de forma que passou

a ser possível operar o *jus castrenses romanorum* no âmbito dos acampamentos militares, conhecidos como *castra*.

Quando a legião romana ficou maior e mais poderosa, mais por questões políticas do que por questões táticas, Constantino a multidividiu tornando-a uma “multiplicidade de membros desagregados”. Para disciplinar as tropas divididas entre si e espalhadas pelo Império romano, ele empreendeu reformas no *modus operandi* da justiça militar romana, instituindo, por exemplo, um *Consilium* encarregado de assistir o juiz militar. A opinião emitida pelo *Consilium*, entretanto, segundo Gusmão (1915), não vinculava os juízes militares.

Essa especialização da “justiça militar romana”, assim como outros institutos de direito militar, influenciou os sistemas jurídicos europeus. Na Ibéria, particularmente, os visigodos conservaram instituições romanas, apesar de modificadas, inscrevendo-as em seu código de leis *Fuero Jusgo*. Segundo Magalhães (1988), tais leis foram revalidadas no século XIII por Afonso de Castela em um conjunto de leis chamado de *Siete Partidas*, que tratava dos deveres militares dos súditos.

No século XVI, quando Portugal ficou sob o reinado de Dom Felipe II da Espanha no regime da União Ibérica (1580-1640), as instituições militares espanholas prevaleceram sem que o sistema militar português fosse alterado de modo profundo. Uma dessas instituições foi o Conselho de Guerra espanhol, que exercia jurisdição sobre as tropas estabelecidas no litoral Português. Nessa época, segundo Ribeiro (2008), ele já era composto tanto por juízes militares, como por juízes civis que julgavam como um “colégio judicante”, sendo que Carlos I da Espanha já havia conferido em 1547 a designação de “auditor” aos magistrados civis.

No Brasil, as instituições militares foram adquirindo nova feição, na medida em que as instituições portuguesas iam sofrendo a influência do domínio espanhol. Segundo Magalhães (1988), por volta de 1623, o julgamento dos crimes militares

coube aos Conselhos de Guerra do Exército de terra e da Marinha, e em 1630 sua jurisdição se estendeu aos delitos não militares, aos moldes de como era feito no âmbito da União Ibérica.

Em 1640, quando reorganizava as forças militares portuguesas para as Guerras da Restauração contra o reino da Espanha, D. João IV criou o Conselho de Guerra, primeiro órgão superior da justiça militar em Portugal, para tratar de todos os assuntos administrativos, táticos e jurídicos, relativos ao exército e à marinha. Depois de restaurada a independência, Portugal retomou a tradição militar das Ordenações Afonsinas, mas manteve o Conselho de Guerra.

A ideia de um conselho como órgão de instância superior chegou ao Brasil juntamente com a corte portuguesa, em 1808. Poucos meses após a sua chegada, Dom João expediu o alvará de 1º de abril de 1808, instituindo um foro especial para os delitos militares, criando, conforme o inciso I do alvará, o Conselho Supremo Militar e de Justiça para funcionar do mesmo modo que o Conselho de Portugal, apreciando em segunda e última instância todas as matérias militares. Seus membros eram nomeados pela Coroa e mantidos, portanto, sob total controle, conforme leciona Ribeiro (2008).

A Presidência do Conselho era exercida pelos próprios “mandatários” no país: Dom João, como príncipe regente, foi o primeiro; também foi o segundo, com o título de Dom João VI, após a morte de sua mãe, Dona Maria I; o terceiro foi Dom Pedro II, em 1822; depois, foi o presidente Deodoro da Fonseca, em 1889; e, em seguida, o presidente Floriano Peixoto, em 1891. Em 1893, o presidente do Conselho Supremo passou a ser o conselheiro mais antigo.

Já os conselhos de guerra, órgãos de primeira instância, que após 1813 passaram a existir em outras localidades além do Rio de Janeiro, segundo Ribeiro (1998), eram compostos por: um oficial superior; cinco ou mais oficiais, competentes para julgar os militares de suas unidades no caso de faltas graves; e um auditor de campo, que era um oficial versado em direito,

ou com prática na área, que após examinar os casos emitia relatórios e pareceres.

Também compunham a justiça militar brasileira em primeira instância, as juntas de justiça militar e as comissões militares. Estas, entretanto, foram criadas para processar e julgar os líderes das insurreições regionais que ocorreram após a Independência. Como os processos e os julgamentos ocorriam sumariamente, essas comissões eram muito criticadas pelos políticos liberais da época que, inclusive, chegaram a elaborar um projeto que propunha a extinção do Conselho Supremo Militar. Mas, conforme leciona Ribeiro (1998), com o apoio dos políticos conservadores, prevaleceram as tradições portuguesas.

A estrutura judiciária militar no Brasil somente começou a tomar forma diferenciada em relação à metrópole quando a Constituição de 1891 separou os poderes executivo, legislativo e judiciário. Apesar de não contemplar uma justiça militar no âmbito do poder judiciário, essa Constituição estabeleceu o foro especial para os delitos militares, composto pelos conselhos para a “formação de culpa” e julgamento, e pelo Supremo Tribunal Militar como órgão máximo, ficando extinto o Conselho Supremo.

Arelados ao executivo, os conselhos e o Supremo Tribunal Militar permaneceram julgando os militares até a Constituição de 1934 agregar a justiça militar ao poder judiciário. Essa Constituição também estendeu o foro militar aos civis em casos de crime contra a segurança externa ou contra as instituições militares.

B. A justiça militar brasileira na atualidade e o movimento em prol de sua extinção

A justiça militar brasileira abrange a JMU e a JME e do distrito federal. A primeira, conforme o art. 124 da CF/88, é competente para julgar os crimes militares que assim são definidos em lei, sendo esta o vigente Código Penal Militar (CPM). Essa competência é interpretada como sendo *ratione legis*, de forma que a JMU alcançaria os

militares das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), mas também os civis que cometessem os crimes definidos no CPM. A segunda, conforme o §4º do art. 125 da CF/88, possui competência *ratione personae*, uma vez que julga os integrantes das Forças Auxiliares (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares), mas também possui competência *ratione legis*, uma vez que julga os crimes e os atos disciplinares militares, assim definidos em lei. Na JME, contudo, mantém-se a competência do Júri quando a vítima for civil e, conforme o §5º do art. 125 da CF/88, os juízes de direito do juízo militar processam e julgam singularmente os crimes militares cometidos contra civis.

A primeira instância da JMU é composta por uma auditoria de correição e por dezenove auditorias militares distribuídas nas doze circunscrições judiciárias do país. Nas auditorias atuam os Conselhos de Justiça que, por sua vez, se organizam em conselhos especiais e conselhos permanentes. Estes julgam os praças, e são constituídos por um juiz-auditor e por quatro oficiais da mesma Força Armada do acusado. Já os conselhos especiais julgam os oficiais até o posto de capitão-de-mar-e-guerra (ou coronel) e são formados por um juiz auditor e por quatro oficiais da mesma força do acusado, que seja de patente superior ou mais antigo que ele. O juiz auditor, civil provido através de concurso público, não preside esses conselhos no âmbito da União, pois a presidência fica a cargo do juiz militar que tenha a maior patente em relação aos demais militares do órgão julgador. Compete ao juiz civil redigir a sentença em conformidade com a maioria dos votos, mesmo sendo voto vencido.

O Superior Tribunal Militar (STM), segunda instância da JMU, é órgão colegiado e composto por quinze ministros: dez militares em último posto da carreira militar, em serviço ativo, indicados ao ministro da Defesa pelos comandantes das respectivas Forças Armadas e nomeados pelo presidente da República após sabatina e aprovação pelo Senado Federal; e cinco civis, sendo três escolhidos dentre advogados de notório saber jurídico, conduta ilibada e dez anos

de efetiva atividade profissional, um escolhido dentre os juízes-auditores, e o outro escolhido dentre os membros do Ministério Público Militar.

A JME, criada pela lei 192, de 17 de janeiro de 1936, inclusa no poder judiciário a partir da Constituição de 1946, também possui conselhos de justiça como órgãos judicantes de primeira instância, também divididos em Conselho Permanente e Conselho Especial, e que também são compostos por um juiz civil e quatro juízes militares. Mas se diferenciam dos conselhos de justiça da JMU porque são presididos pelos juízes civis que o integram, que são juízes de direito do juízo militar, membros do poder judiciário estadual.

Na JME, de modo geral, são as Câmaras Especializadas dos Tribunais de Justiça dos Estados que atuam em segunda instância. Nos Estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo, porém, há tribunais de justiça militar como órgãos recursais, uma vez que a CF/88 autoriza a criação desses tribunais quando o efetivo militar do Estado for superior a vinte mil integrantes. O STM não tem competência para julgar os recursos da JME, ainda que provenientes desses tribunais militares. Os recursos contra as decisões das Câmaras Especializadas ou dos TJM são julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou pelo STF.

Apesar da recente reforma no judiciário que, através da emenda constitucional (EC) 45/2004, atribuiu ao juiz de direito atuante na JME a competência para atuar singularmente nos casos do art. 125, §5º da CF/88, predomina na justiça militar o julgamento realizado pelos conselhos de justiça através do *escabinato*: um juiz civil e quatro juízes militares. Permanece presente na organização judiciária militar brasileira, portanto, a possibilidade de militares atuarem como juízes, que é resquício do modo romano de fazer “justiça” aos militares, que por muito tempo seguiu sendo feito na Europa, e foi trazido ao Brasil pelos portugueses. Além disso, a justiça militar brasileira no âmbito da União também pode alcançar civis, sendo-lhes aplicável, inclusive, o julgamento pelo *escabinato*.

Já em 1906, Hélio Lobo criticou em sua obra *Sabres e togas: a autonomia judicante militar* o exercício da função judicante por militares, e propôs que os tribunais militares fossem abolidos, devendo a função judicante pertencer apenas ao magistrado, inclusive em tempos de guerra. Segundo Ribeiro (1998), Hélio Lobo condenou a justiça militar porque seria tanto um privilégio de classe, como uma forma de opressão do superior para com o subordinado. Ele argumentava que era desnecessária, e que bastaria que a justiça civil se abstivesse de determinadas exigências “de direito”, para que pudesse julgar com celeridade, cumprindo o atributo que se desejava para uma justiça aos militares.

Também Chrysólito de Gusmão em *Direito penal militar*, publicado em 1915, criticou as “monstruosidades” do ordenamento jurídico militar brasileiro, inclusive a predominância de militares, embora sem formação jurídica, na composição de órgãos jurisdicionais. Para Chrysólito de Gusmão (1915), o sistema de escabinato era ultrapassado, e baseava-se em uma doutrina que concebia o poder judiciário militar como “uma emanção do comando”.

Esmeraldino Bandeira, por sua vez, em *Direito, justiça e processo militar*, publicado em 1919, entendeu que bastaria que o juiz togado apreciasse o fato para que pudesse dizer o direito militar, uma vez que o processo e o julgamento seriam um estudo do facto criminoso e a investigação da responsabilidade do agente em face da lei, do direito e do processo.

C. Interpretação das normas constitucionais e o princípio da imparcialidade

Ao julgar o HC 115530 PR, 2013, o STF posicionou-se quanto à constitucionalidade dos conselhos de justiça militar da seguinte forma:

Habeas corpus. Direito penal e processual penal militar. Crime de uso e posse de entorpecente em lugar sujeito à administração militar (CPM, ART. 290). Arguição

de inconstitucionalidade da organização da justiça penal militar (lei N. 8.457/92). Improcedência. Existência de garantias próprias e idôneas à imparcialidade do julgador. Simetria constitucional. Alegação de ausência de prova do fato criminoso. Comprovação do ilícito por laudo pericial subscrito por um único perito. Validade. Inaplicabilidade da súmula 361 do STF. Perito oficial. Precedentes. Interrogatório nas ações de competência da justiça militar. Ato que deve passar a ser realizado ao final do processo. Nova redação do art. 400 do CPP. Precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal (ação penal Nº 528). Ordem concedida.

1. A Lei nº 8.457/92, ao organizar a Justiça Militar da União criando os Conselhos de Justiça (art. 1º c/c art. 16) e confiando-lhes a missão de prestar jurisdição criminal, não viola a Constituição da República ou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), porquanto assegura a seus respectivos membros garantias funcionais idôneas à imparcialidade do ofício judicante, ainda que distintas daquelas atribuídas à magistratura civil [...] (STF HC 115530, 2013).

A preliminar de inconstitucionalidade da lei 8457/92, que organiza a JMU, foi arguida pela Defensoria Pública da União no Paraná (DPU PR), nos seguintes termos:

Pronunciamento da nulidade da decisão condenatória proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército, em razão da inconstitucionalidade da lei de organização da Justiça Militar (Lei nº 8.457/1992): referido diploma legal omitiu a previsão para membros militares do Conselho de Justiça, das garantias e deveres da magistratura, estabelecidos na Constituição Federal e em Tratados Internacionais (STF HC 115530, 2013).

Concordando com o posicionamento da DPU PR, mas indo além, percebe-se que é possível

argumentar acerca da pretendida inconstitucionalidade a luz de uma interpretação voltada a preservar a unidade da Constituição.

Através do movimento *neoconstitucionalista*¹, e do consequente desenvolvimento de uma “nova hermenêutica jurídica”, para elucidar os enunciados constitucionais, recorre-se a métodos de interpretação que declarem o direito, concretizando-o, e também o atualizando conforme as transformações sociais, conforme leciona Cunha (2011).

Nesse sentido, segundo Cunha (2011), o método hermenêutico-concretizador é adequado para interpretar os princípios constitucionais e os seus graus distintos de densidade normativa, porque parte da ideia de que se deve iniciar a interpretação por uma pré-compreensão do sentido da norma, através de uma atividade criativa, que permite ao intérprete determinar o próprio conteúdo material da norma. Através do método hermenêutico-concretizador, segundo Konrad Hesse, seu principal teorizador, “o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo” (Hesse, 1998, p. 63, citado por Cunha, 2011, pp. 218-219).

E pelo princípio da unidade da Constituição, um dos princípios de interpretação constitucional do método hermenêutico-concretizador, a unicidade e o caráter sistemático do ordenamento jurídico são conferidos pela Constituição, onde não há distinção hierárquica entre suas normas, já que decorrem de uma mesma fonte ou possuem o mesmo fundamento de validade, que seria o poder constituinte originário.

¹ “O *neoconstitucionalismo* destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica* a justificar a mudança de paradigma, de Estado legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da *força normativa da Constituição*, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa” (Cunha, 2011, p. 40).

Tendo em vista que no Brasil tem predominado a percepção do ordenamento jurídico como um conjunto coerente de normas de derivação e adequação obrigatória à Constituição, é pertinente que sejam revistas as práticas no âmbito do poder judiciário que, apesar de sedimentadas pelo tempo, encontram-se contraditórias ao escopo da Constituição de 1988.

A justiça militar brasileira, que desde a Constituição de 1934 integra o poder judiciário, que é uno, assim como é una a função jurisdicional, conforme leciona Cintra, Grinover e Dinamarco (2012), está obrigada a efetivar os princípios gerais do processo, devendo assegurar ao jurisdicionado, dentre outros princípios, o da imparcialidade do juízo, segundo Grau (2006).

Verifica-se que o princípio da imparcialidade, pressuposto para que a relação processual se instaure validamente, tem recebido em âmbito internacional uma moderna interpretação ampliada. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), por exemplo, tem desenvolvido uma teoria da imparcialidade que abrange três conceitos, segundo Escobar-Martínez (2009):

- a) que a “teoria da aparência” é relevante para averiguar a imparcialidade do tribunal (apreciado no caso *Delcourt vs. Bélgica*, e reiterado no caso *De Cubber vs. Bélgica*);
- b) que a imparcialidade judicial possui duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva (apreciado nos casos *Piersack vs. Bélgica*, *De Cubber vs. Bélgica*, e *Kyprianou vs. Chipre*);
- c) e que a imparcialidade objetiva deve ser objetivamente justificada, analisando-se a natureza e a finalidade das medidas tomadas pelo magistrado (apreciado no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, e reiterado nos casos *Sainte-Marie vs. França*, *Fey vs. Áustria*, *Padovani vs. Itália*, *Bulut vs. Áustria* e *Saraiva de Carvalho vs. Portugal*).

Pela “teoria da aparência” aplicada pelo TEDH, a aparência de imparcialidade por parte dos tribunais deve inspirar confiança na sociedade que

se pretende democrática. Quanto à face subjetiva do princípio da imparcialidade, Fernández Segado (2008, p. 47) afirma que “la imparcialidade subjetiva, cuyo posible quebrantamiento deriva de la relación del Juez con las partes, y la imparcialidad objetiva, que puede ser vulnerada por la relación del Juez con el objeto del proceso”. Quanto à face objetiva da imparcialidade, com base no entendimento do TEDH, Fernández Segado (2008, p. 47) explica que

A salvaguardar la imparcialidade objetiva se orienta la necesaria separación entre la función instructora y la juzgadora, doctrina que, siguiendo muy de cerca la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso De Cubbre (STEDH de 26 de octubre de 1984) [...].

Além dessa concretização ampla do princípio da imparcialidade proposta pelo TEDH, há a necessidade de sua concretização em sentido estrito, que é alcançada através de princípios e regras constitucionais. São regras concretizadores da imparcialidade do juízo, por exemplo, as garantias conferidas aos magistrados, as regras de impedimento e suspeição e as regras de investidura.

A imparcialidade é um dos princípios específicos concretizadores do princípio geral do devido processo legal, que no Brasil é garantia expressamente prevista no art. 5º, LIV da CF/88, que diz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Mas essa garantia, segundo Cunha (2011), possui duas faces: o *substantive due process of law* (devido processo legal material ou substantivo), que determina que haja justiça e razoabilidade (adequação, necessidade, e proporcionalidade) nas decisões restritivas de direitos, não bastando a instauração regular de um processo; e o *procedural due process of law* (devido processo legal formal ou procedimental), alcançado quando se exige como condição para a restrição de direitos pelo menos a abertura regular do processo.

A garantia do devido processo legal formal tem origem na *Magna Carta Libertatum*, assinada

em 15 de junho de 1215, quando o rei da Inglaterra João sem Terra assegurou privilégios aos barões e aos burgueses ingleses. Pelo caráter restritivo a determinadas classes, esses privilégios não configuravam direitos fundamentais. Mas a *Carta* foi fundamental para o desenvolvimento constitucional inglês e para a construção da democracia moderna, pois, segundo Cunha (2011), assegurou liberdades públicas e limitou o poder do rei. Como formalidade necessária para a imposição de penas, o item 39 exigiu a realização de um processo:

Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicado a sua posição de qualquer forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país (Cunha, 2011, p. 575).

Nessa origem do princípio do devido processo legal, estaria, como plano de fundo, o princípio do juiz natural, pois a *Magna Carta Libertatum* estabeleceu previamente quem, a partir dali, seria o órgão julgador. O núcleo inicial do princípio do juiz natural é, portanto, a vedação ao tribunal de exceção, ou seja, é a “proibição de se instituir ou de se constituir um órgão jurisdicional exclusiva ou casuisticamente para o processo e julgamento de determinada infração penal” (Oliveira, 2006, p. 25).

D. O princípio do juiz natural e os seus desdobramentos

Através da *Magna Carta*, foram investidos de competência jurisdicional os “pares” daqueles que seriam beneficiados com ela, ou seja, os barões e os burgueses. Assim, foi definido previamente quem seria o órgão julgador, e esse foi o núcleo inicial da garantia do juiz natural. A doutrina jurídica norte-americana, por sua vez, acrescentou à noção de juiz natural a exigência do estabelecimento de uma regra prévia de competência. E no Brasil, dada a configuração do modelo constitucional em

que as funções do poder público e do judiciário possuem “distribuição extensa e minudente”, a competência deve derivar de fontes constitucionais, conforme leciona Oliveira (2006). Assim, as modernas doutrinas sobre o princípio do juiz natural, segundo Cintra *et al.* (2012), concebem-no constituído de três conceitos:

- a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição;
- b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato;
- c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja (Cintra *et al.*, 2012, p. 61).

O conceito “b” consiste no conteúdo temporal do princípio do juiz natural, que demanda que a constituição do órgão jurisdicional seja realizada previamente à ocorrência do fato. Esse conteúdo é garantindo no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º, XXXVII da CF/88 que estabelece que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Como os órgãos jurisdicionais brasileiros encontram-se previamente instituídos pela Constituição, ou por lei expressamente autorizada por ela, não há que se falar em tribunais de exceção no Brasil².

Mas o fato de um tribunal não ser de exceção, não significa que não possa ofender ao princípio do juiz natural, tendo em vista os outros conceitos que o englobam. Conforme o conceito “a”, o órgão jurisdicional deve ser instituído pela Constituição ou pela lei expressamente autorizada por ela e em conformidade com os limites constitucionais. Pelo conceito “c”, uma vez pré-constituídos de função jurisdicional, os órgãos devem possuir taxativamente competências constitucionais. Este conteúdo, em especial, encontra-se positivado em forma de garantia

no art. 5º, LIII da CF/88, que estabelece que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Unidos, os conceitos “a” e “c” formam o princípio do juiz constitucionalmente competente, pelo qual somente a Constituição poderá conferir jurisdição e competência para um órgão jurisdicional.

Assim, uma vez que o juízo ou tribunal tenha sido instituído, suas competências devem ser estabelecidas em coerência com o sistema normativo (regras e princípios) constitucional, já que, para atender ao princípio do juiz natural, o órgão jurisdicional previamente constituído também deverá ser constitucionalmente competente. Em consequência, não se pode instituir ou extinguir um juiz natural através de lei, conforme leciona Oliveira (2006).

A titularidade da jurisdição no Brasil é una e pertence ao Estado, mas para uma divisão racional do trabalho, encontra-se distribuída em órgãos jurisdicionais estabelecidos no art. 92 da CF/88: o Supremo Tribunal Federal; o STJ; os tribunais regionais federais e juízes federais; os tribunais e juízes do trabalho; os tribunais e juízes eleitorais; os tribunais e juízes militares; os tribunais e juízes dos Estados e do distrito federal e territórios. A Constituição também institui de função jurisdicional os juizados especiais de pequenas causas (art. 24, inc. X), a serem providos por “juízes togados ou por togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, inc. I)” (Cintra *et al.*, 2012). Também é expressamente que a Constituição atribui função jurisdicional:

- a) à Câmara dos Deputados, quanto à declaração da procedência de acusação contra o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado (art. 51, inc. I); b) ao Senado Federal para o julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade, assim como dos Ministros de Estado nos crimes da mesma

² Magalhães (2007, pp. 52-53) faz uma pertinente crítica em relação aos “regimes de exceção” criados pelos tribunais para desobstruí-los do acúmulo de processos, afirmando ser “preciso enfrentar os problemas do mundo real, pois não se vive no mundo dos princípios”.

natureza conexos com aqueles (art. 52, incs. I-II); c) à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, quanto à declaração de perda do mandato de seus membros, por infringência das proibições estabelecidas no art. 54 da Constituição, ou por procedimento incompatível com o decoro parlamentar ou atentatório das instituições vigentes (art. 55, § 2º).

Nos demais casos do art. 55 da Constituição Federal ou há controle judiciário posterior (§ 3º), ou já houve pronunciamento anterior do Poder Judiciário (art. 55, incs. V-VI). Assim sendo, apenas as hipóteses dos incs. I, II e VI e do art. 55, a que se reporta o § 2º, configuram exercício de função jurisdicional (Cintra *et al.*, 2012, p. 186).

A jurisdição deveria ser exercida, portanto, por quem foi regularmente investido pelo Estado na autoridade de juiz. E, em regra, a função jurisdicional é exercida pelos magistrados ou togados, aos quais são asseguradas garantias e prerrogativas para que possam exercê-la com independência e imparcialidade, devendo ainda preencherem os requisitos estabelecidos no art. 93, I da CF/88:

[...] ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação (Brasil, 1998, art. 193).

Mas há três modalidades de juízes investidos de jurisdição no Brasil: os *togados*, que são os magistrados; os *militares*, que atuam nos conselhos de justiça da JMU e da JME; e os *juízes de fato*, que são os jurados que atuam no Tribunal do Júri. Destes, apenas os magistrados possuem as garantias e as prerrogativas assecuratórias de imparcialidade.

Os juízes de paz, conforme o art. 98, II da CF/88, onde também estão delimitadas as suas competências e forma de investidura, não são

investidos de jurisdição. Os conciliadores e os juízes leigos dos juzados especiais estaduais, cuja competência está delimitada no art. 98, I da CF/88, também não estão investidos de jurisdição, sendo que os primeiros são recrutados, preferencialmente, entre os bacharéis em direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência, para ambos atuarem como auxiliares da justiça, conforme o art. 7º da lei 9099/1995. Os juízes leigos das juntas eleitorais, cuja competência está delimitada no art. 40 da lei 4737/1965 (Código Eleitoral), lei autorizada pelo art. 121 da CF/88, não estão investidos de jurisdição penal, e são recrutados entre os “cidadãos de notória idoneidade”. O juízo arbitral, autorizado pela lei 9307/1996, declarada constitucional por via incidental no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206-7 – Reino da Espanha, também não é órgão de jurisdição, uma vez que não é função estatal.

Ademais, quando os órgãos jurisdicionais não são integralmente compostos por magistrados, ou a Constituição estabelece os critérios e a forma de ingresso dos não magistrados na função judicante, delimitando as suas competências³, ou confere parâmetros e autoriza que a lei os organize e estabeleça suas competências⁴, como

³ No STF, os ministros ingressam conforme as regras do art. 101 e art. 12, §3º, IV da CF/88, e a sua competência encontra-se delimitada nos art. 96, II, art. 102 e parágrafos e art. 103-A da CF/88; no STJ, além dos magistrados, há os ministros que ingressam conforme as regras do art. 104, parágrafo único da CF/88, estando a sua competência delimitada no art. 105 da CF/88; nos tribunais regionais federais, nos tribunais dos Estados, e do distrito federal e territórios, seus membros que não são magistrados ingressam através do quinto constitucional, conforme o art. 94 da CF/88, e suas competências encontram-se no art. 108 da CF/88, e nas Constituições dos Estados e Distrito Federal, respectivamente.

⁴ No Tribunal Superior do Trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho, os que não são magistrados ingressam através do quinto constitucional, conforme art. 111-A, I e art. 115, I da CF/88, respectivamente, sendo a competência da Justiça do Trabalho estipulada no art. 114 da CF/88, que também autoriza que a lei estabeleça competência para processar e julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho; no Tribunal Superior Eleitoral e nos Tribunais Regionais Eleitorais, os que não são magistrados ingressam con-

ocorre no âmbito da justiça militar⁵. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, as investiduras de jurisdição e as atribuições de competência aos órgãos jurisdicionais tendem a concretizar o princípio do juiz constitucionalmente competente.

Sobre as prerrogativas de foro, elas ofenderiam ao princípio do juiz natural se não fossem uma determinação constitucional ou legal (autorizada pela Constituição), e/ou fossem estabelecidas após a ocorrência dos fatos a serem julgados. Sobre isso, o STF no Inq. 1376-AgR, em 2007, posicionou-se quando enfatizou que a garantia do juiz natural não se tratava de conferir um privilégio ou garantia pessoal, mas sim uma prerrogativa *ratione muneris* (em razão do cargo ou função), que deveria cessar quando sobreviesse a cessação da investidura no cargo, função ou mandato do indiciado, denunciado, ou réu.

A lógica tri-conceitual do princípio do juiz natural

forme as regras do art. 119 e do art. 120 da CF/88, respectivamente, e no art. 121 da CF/88 consta a autorização para que a organização e a competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais sejam dispostas por Lei complementar. O art. 5º, XXXVIII da CF/88 restringe a competência do júri “para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”, e autoriza a instituição do júri “com a organização que lhe der a lei”. Essa organização, por sua vez, é conferida pelo art. 447 do Código de Processo Penal (CPP).

⁵ No caso dos juízes militares da União, conforme o art. 124 da CF/88, sua competência é penal e *ratione legis*, restringindo-se aos “crimes militares definidos em lei”, cabendo à lei dispor sobre a sua organização e funcionamento. Essa organização é conferida pela lei 8457, de 4 de setembro de 1992. Sobre o STM, apesar de ter a sua composição estabelecida no art. 123 da CF/88, possui sua competência definida em leis: o Código de Processo Penal Militar (CPPM) regula o processo e o julgamento das causas de competência originária do STM, que são definidas no art. 6º da lei 8457/1992. Quanto à JME, a Constituição autoriza no art. 125, § 3º que seja criada por lei estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça. No mesmo §3º, determina que seja constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito do juízo militar, e pelos conselhos de justiça, mas não especifica a composição destes. Em segundo grau, a Constituição determina que seja constituída pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por um Tribunal de Justiça Militar Estadual se o efetivo militar for superior a vinte mil integrantes. A Constituição também não estabelece qual seria a composição desse Tribunal.

como sendo o garantidor de uma prévia investidura de jurisdição e competência pela Constituição também é verificável na jurisprudência do STF, como no HC 120224, julgado em 2014. A lógica tri-conceitual está consolidada quanto ao respeito à predeterminação da competência, de forma que os recursos cabíveis devem ser exauridos no âmbito da jurisdição competente, não se podendo substituí-los por uma ação de *habeas corpus* de competência de outro tribunal. Pois, admitindo essa possibilidade, estaria permitindo que o impetrante elegeisse qual tribunal exerceria o juízo de revisão, se seria o juízo natural (o previamente definido) ou se outro juízo, através de *habeas corpus* substitutivo.

Também, segundo o STF, conforme julgados no HC 86889 SP, 2007, e no HC 99240 AM, 2010, a convocação de juízes de primeiro grau de jurisdição para compor em maioria a Turma julgadora ou para substituir Desembargadores não viola o princípio do juiz natural, uma vez que já são investidos de jurisdição. O STF também entende que por haver autorização no art. 96, I da CF/88, poderá haver alteração de competência dos órgãos do poder judiciário, a exemplo da especialização de varas, por deliberação dos tribunais, sem que isso viole o princípio do juiz natural, conforme julgado no HC 96104 MS, 2010; e no HC 113018 RS, 2013.

E. O escabinato e o descumprimento do princípio do juiz natural

A justiça militar está previamente e constitucionalmente instituída de jurisdição e provida de competência, não sendo, portanto, um tribunal de exceção. Mas essa jurisdição foi conferida de forma genérica, uma vez que o constituinte autorizou a instituição dos tribunais e juízes militares através de lei, conforme o art. 122, II, da CF/88, bem como a organização, o funcionamento e a competência da justiça militar serem dispostos por lei, conforme o art. 124, parágrafo único, da CF/88. Para não ferir o princípio do juiz natural, por conseguinte, essa lei de organização deve estar em consonância com o sistema normativo (regras e princípios) constitucional.

Contudo, pelo princípio de interpretação constitucional da unidade da Constituição, verifica-se, primeiramente, que a qualificação para a composição dos conselhos de justiça militar conflita com as demais disposições constitucionais que pré-definem uma qualificação para a composição dos órgãos jurisdicionais. Em regra, os órgãos jurisdicionais são compostos por bacharéis em direito⁶. A CF/88 também admite o “notório saber jurídico”, independentemente do título de bacharel em direito, como qualificação para a composição do STF, conforme o art. 101 da CF/88. Através de lei autorizada pela CF/88, também se exige a qualificação de “cidadão de notória idoneidade” para a composição do júri, conforme o art. 436 do CPP, e para a composição dos dois, ou quatro, juízes leigos nas juntas eleitorais, que também são compostas de um juiz de direito, conforme o art. 36 do Código Eleitoral, e art. 11, §2º da LC 35/1979. Também a lei 9099/1995 que, autorizada pela CF/88, organiza os juizados especiais cíveis e criminais estaduais, dispõe que os conciliadores sejam preferencialmente bacharéis em direito, e que os juízes leigos sejam advogados. E, pelo art. 41, §1º da mesma lei, as turmas recursais dos juizados estaduais devem ser compostas por três juízes togados.

No entanto, conforme a lei 8457/92 que organiza a JMU, para a composição dos conselhos especiais de justiça e dos conselhos permanentes de justiça, subdivisões dos conselhos de justiça militar, são previstos um magistrado e quatro militares, estes devendo possuir as seguintes características funcionais: oficiais de carreira; em serviço ativo; e preferencialmente lotados no âmbito de jurisdição da auditoria.

⁶ Os magistrados, que compõem órgãos monocráticos ou integram colegiados; os membros do Ministério Público e os advogados de “notório saber jurídico”, que compõem o quinto constitucional dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios, conforme o art. 94 da CF/88, e compõem um terço do STJ, conforme o art. 104, II da CF/88; também os civis que compõem o STM, “advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada” e “membros do Ministério Público da Justiça Militar”, conforme o art. 123, I e II da CF/88, são bacharéis em direito.

Conforme a sistemática da Constituição, se daquele que não é magistrado se exige “notório saber jurídico”, às vezes até de advogados, ou se exige “notória idoneidade” ou “conduta ilibada”, ou ambas as qualificações para a composição de órgãos jurisdicionais, então também deveria ser exigido do militar integrante dos conselhos de justiça, ou algum “saber jurídico” ou alguma “notável” condição.

Mesmo que a “idoneidade” seja requisito para o ingresso na carreira militar, ela não pode ser tida como presumida *ad aeternum* do militar, mesmo porque os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, bem como os das Polícias Cíveis e Militares e do Corpo de Bombeiros, classificam os militares em graus de comportamento, podendo os militares permanecerem em seus quadros ainda que classificados no “mau comportamento”⁷. Estes, por exemplo, poderiam ter sido excluídos da possibilidade de exercerem a função judicante, mas a lei 8457/92 apenas excluiu os militares que, em alguma medida, poderiam influenciar na tomada de decisões pelos demais, conforme se depreende do art. 19, §3º, da lei 8457/92, transcrito abaixo:

Art. 19. Para efeito de composição dos conselhos de que trata o artigo anterior, nas respectivas Circunscrições, os comandantes de Distrito ou Comando Naval, Região Militar e Comando Aéreo Regional organizarão, trimestralmente, relação de todos os oficiais em serviço ativo, com respectivos posto, antigüidade e local de serviço, publicando-a em boletim e remetendo-a ao Juiz-Auditor competente.

§ 3º A relação não incluirá:

- a) os oficiais dos Gabinetes dos Ministros de Estado;
- b) os oficiais agregados;

⁷ Ver, a título de exemplo, o decreto 4346/2002 que aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4), o decreto 76 322/1975 que aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER), e o decreto-lei 142/1977 que aprova o Regulamento Disciplinar da Marinha (RDM), que tratam da classificação de comportamento de seus respectivos militares.

c) os comandantes, diretores ou chefes, professores instrutores e alunos de escolas, institutos, academias, centros e cursos de formação, especialização, aperfeiçoamento, Estado-Maior e altos estudos;

d) na Marinha: os Almirantes-de-Esquadra e oficiais que sirvam em seus gabinetes, os Comandantes de Distrito Naval e de Comando Naval, o Vice-Chefe do Estado-Maior da Armada, o Chefe do Estado-Maior do Comando de Operações Navais e os oficiais embarcados ou na tropa, em condições de, efetivamente, participar de atividades operativas programadas para o trimestre;

e) no Exército: os Generais-de-Exército, Generais Comandantes de Divisão de Exército e de Região Militar, bem como os respectivos Chefes de Estado-Maior ou de Gabinete e oficiais do Estado-Maior Pessoal;

f) na Aeronáutica: os Tenentes-Brigadeiros, bem como seus Chefes de Estado-Maior ou de Gabinete, Assistente e Ajudantes-de-Ordens, ou Vice-Chefe e o Subchefe do Estado-Maior da Aeronáutica.

Em segundo lugar, a composição colegiada dos conselhos de justiça militar para atuar em primeira instância não condiz com a sistemática constitucional acerca dos demais órgãos jurisdicionais colegiados.

Em regra, a CF/88 estabelece órgãos jurisdicionais colegiados para apreciarem as decisões proferidas por uma instância inferior que, em regra, é realizada por um juízo singular. Por essa mesma lógica de possibilitar uma “melhor análise” é que a CF/88 excepciona que o julgamento dos ocupantes de determinados cargos seja realizado diretamente por órgãos colegiados, assim como também o sejam determinadas ações, em razão da matéria.

Conforme Oliveira (2011), a formação colegiada também se justifica para a redução das pressões externas sobre um único julgador. Além disso, espera-se dos órgãos colegiados “em razão da organização das respectivas carreiras –promoção

por merecimento e antiguidade–, uma formação técnica já consolidada, dado o longo exercício da função judicante” (Oliveira, 2011, p. 25).

A CF/88, conforme seu art. 124, *caput*, criou expressamente a especialização jurisdicional em razão da matéria, qual seja “os crimes militares definidos em lei”, dada a necessidade de serem analisados de forma especializada. Mas, prescindindo de uma análise colegiada, a CF/88 não conferiu prerrogativa de foro aos militares. Na realidade, a CF/88 expressamente especificou quais os militares deveriam ser processados e julgados perante um colegiado: os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica perante o STF, conforme art. 102, I, “c”, da CF/88, ou perante o Senado Federal, conforme art. 52, I, da CF/88. Nada foi dito no texto constitucional a respeito dos demais militares.

Nesse sentido é que, pela ADIN 2797-2 DF, foi considerada inconstitucional a lei 10 628/2002 que, além de tentar instituir juiz natural através de legislação ordinária, instituía prerrogativa de foro perante tribunais.

[...] no aspecto estrito da violação ao juiz natural, enquanto critério de distribuição da competência judicante, observa-se uma unanimidade na doutrina e mesmo na jurisprudência do Superior Tribunal Federal no sentido de que a competência de jurisdição (federal, estadual, eleitoral, dos tribunais, isto é, em razão da matéria e em razão da função) é reservada a Constituição Federal. E mesmo quando se trata de aceitar, no STF, a instituição de foro para determinadas autoridades estaduais, no âmbito das Constituições Estaduais, a fundamentação dos julgados repousa no princípio federativo, matéria igualmente constitucional (Oliveira, 2011, pp. 98-99).

Por uma interpretação sistemática, em prol do princípio da unidade da Constituição, portanto, uma lei não poderia instituir de função jurisdicional um colegiado para julgar em primeira instância os militares ou quem pratique crimes militares definidos em lei.

No âmbito da JMU, não bastasse a lei 8457/92 instituir a composição colegiada dos conselhos de justiça para julgarem em primeira instância os militares, ainda estabelece em seu art. 6º, I, “a”, prerrogativa de foro colegiado e em instância superior aos oficiais gerais das Forças Armadas, determinando que sejam julgados originariamente no Supremo Tribunal Militar. Ou seja, institui prerrogativa de foro por lei, numa flagrante inconstitucionalidade por desrespeito ao princípio do juiz constitucionalmente competente, que, por sinal, é um dos conceitos do princípio do juiz natural.

Ressalta-se que os conselhos de justiça militar não são comparáveis às turmas recursais, previstas na lei 9099/1995 e na lei 10 259/2001 porque, apesar de estas serem órgãos colegiados em primeira instância, compostas por três magistrados e três suplentes nas turmas estaduais, tratam-se de órgãos revisores dos juizados especiais. As juntas eleitorais, por sua vez, também autorizadas a serem instituídas por lei complementar, também em razão da especialização da matéria, e que também possuem composição colegiada na qual também atuam juízes leigos e em primeira instância, não possuem, entretanto, competência penal como possuem os conselhos de justiça. Também, quanto à composição colegiada, os conselhos de justiça não são comparáveis ao júri porque os jurados não deliberam entre si, mas apenas votam “sim” ou “não” em relação a quesitos pré-estabelecidos.

Em terceiro, verificou-se que são asseguradas aos magistrados garantias⁸ e a eles impostas vedações enquanto órgãos singulares, ou quando integrantes de órgãos colegiados jurisdicionais, no intuito de assegurar independência e imparciali-

dade. Por isso é que apesar de o juízo arbitral, os juízes de paz, os conciliadores e os juízes leigos dos juizados especiais não estarem investidos de jurisdição, e os juízes leigos das juntas eleitorais não terem jurisdição criminal, todos ou possuem suas decisões homologadas por magistrados, ou atuam de forma supervisionada por eles, que são os detentores de prerrogativas da magistratura.

Apesar de presididos pelos juízes togados e deterem funções decisórias de caráter administrativo, aos integrantes das juntas eleitorais ainda lhes são assegurados que, conforme o art. 121, §1º da CF/88, “no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis”.

Os juízes militares dos conselhos de justiça, entretanto, atuam de forma independente em relação ao juiz togado, formando livre convencimento, com poder de voto, e com competência em matéria criminal, sem que lhes sejam atribuídas garantias assecuratórias de independência e imparcialidade. Apesar de o art. 18 da lei 8457/92 determinar que “os juízes militares dos Conselhos Especial e Permanente são sorteados dentre oficiais de carreira, da sede da Auditoria, com vitaliciedade assegurada”, eles exercem uma função jurisdicional temporária, de forma que a vitaliciedade poderá ser aplicada ao cargo e ao posto militar, mas jamais à condição de componente de órgão jurisdicional.

Os juízes militares também não desfrutam de independência funcional jurisdicional. Enquanto reunidos nos conselhos, atuam como juízes, mas ainda nos corredores da justiça militar são dependentes das forças a que servem, estão alocados na hierarquia militar, sujeitos às regras militares, devendo cumprir ordens de seus superiores, bem como emitir ordens aos seus subordinados. Atuam exatamente como é vedado aos magistrados, conforme o art. 95, I da CF/88: “Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I—exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério”.

Em uma interpretação que preze pela unidade da Constituição, entendendo que as normas derivam

⁸ Aos magistrados, são asseguradas, conforme o art. 95 da CF/88, as seguintes garantias: “I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I”.

do mesmo fundamento de validade, qual seria o poder constituinte originário, não podendo a ele contradizer, verifica-se que a função jurisdicional requer mecanismos assecuratórios de imparcialidade, uma vez que representa a função do Estado-juiz como terceiro imparcial mediador e solucionador de conflitos. A função jurisdicional, especialmente a criminal, portanto, não pode ser cuidadosamente atribuída a uns, enquanto que privilegiadamente distribuída a outros.

Em quarto lugar, verifica-se que a forma e a duração da investidura dos juizes militares que integram os conselhos de justiça militar também destoam dos órgãos jurisdicionais de modo geral. Quanto à duração, os magistrados, inclusive os que integram os conselhos especiais e permanentes de justiça, ingressam na carreira através de concurso público, conforme dispõe o art. 93, I, da CF/88, sendo investidos de jurisdição para atuarem em todos os processos a eles submetidos da data de sua investidura para frente e vitaliciamente.

Os militares juizes que compõem os conselhos, entretanto, são sorteados, conforme o art. 18 da lei 8457/92, dentre oficiais de carreira, da sede da Auditoria. O sorteio dos juizes do Conselho Especial de Justiça (que julgam os oficiais), conforme o art. 20 da lei 8457/92, é feito pelo juiz-auditor, em audiência pública, na presença do procurador, do diretor de Secretaria e do acusado, quando preso. Ou seja, os juizes militares que julgam os oficiais nos conselhos especiais de justiça somente são sorteados após o acontecimento do fato, sendo investidos na função de juizes militares apenas para um processo, ficando vinculados a ele, e sendo destituídos ao seu término. Percebe-se, portanto, que nesse caso o princípio do juiz natural é descumprido em seus três conceitos.

O sorteio dos juizes do Conselho Permanente de Justiça (que julgam os praças), conforme o art. 21 da lei 8457/92, é feito pelo juiz-auditor, em audiência pública, no último mês do trimestre anterior, na presença do procurador e do diretor de Secretaria. Conforme o art. 24 da lei 8457/92,

o Conselho Permanente, uma vez constituído, funciona “durante três meses consecutivos, coincidindo com os trimestres do ano civil, podendo o prazo de sua jurisdição ser prorrogado nos casos previstos em lei”. Nesse caso, o sorteio tende a ser prévio à ocorrência do fato, respeitando o conteúdo temporal do princípio do juiz natural.

Dessa forma de investidura realizada através de sorteio e com base na hierarquia militar em relação ao réu, decorre o problema logístico de, não sendo possível compor os conselhos, dada a exigência de os militares pertencerem a posto superior ou mais antigo que o acusado, recorrer-se a oficiais no âmbito de jurisdição da Auditoria, e sendo insuficientes, recorrer-se aos da sede e, persistindo a necessidade, sorteá-los dentre os oficiais que sirvam nas demais localidades abrangidas pela respectiva Circunscrição Judiciária Militar. Assim, a exigência da composição dos conselhos conforme a hierarquia militar chega a acarretar os desaforamentos de processos por não se conseguir completar o órgão, como ocorreu, por exemplo, no desaforamento 0000015-97.2006.7.12.0012 AM, 2011. Ou seja, não bastasse o sorteio da função jurisdicional, a lei 8457/92, através do art. 6º, II, “h”, também prevê a possibilidade do desaforamento de processos para outra circunscrição judiciária militar que não a do réu, a ser decidido pelo STM.

Em quinto lugar, em regra, verifica-se que a Presidência dos órgãos colegiados é estabelecida através de eleição, conforme dispõe o art. 119, parágrafo único e o art. 120, §2º da CF/88, respectivamente para o TSE e para o TRE. No STF, STJ, STM, TST, e nos TRF, TRT, e TJ seus presidentes e vices também são eleitos, conforme dispõem os seus regimentos internos. Para os órgãos colegiados mistos (com juizes leigos e magistrados), verifica-se o estabelecimento de uma Presidência fixa, a exemplo da que é conferida aos juizes togados nas juntas eleitorais e da que é conferida aos juizes de direito do juízo militar na JME que, nesse ponto, foi reformada de forma acertada pelo poder constituinte derivado reformador, através da EC 45/04.

No âmbito da JMU, entretanto, segundo o art. 16 da lei 8457/92, o Conselho Especial de Justiça é presidido por um oficial-general ou oficial superior de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade. O Conselho Permanente de Justiça, por sua vez, é presidido pelo oficial superior. Dentre outras atribuições, compete a esses presidentes militares dos conselhos especial e permanente, conforme o art. 29, VI, da lei 8457/92, “resolver questões de ordem suscitadas pelas partes ou submetê-las à decisão do conselho, ouvido o Ministério Público”, apesar de não lhes serem exigidos conhecimentos jurídicos como requisito ao cargo. Enfatiza-se que a presunção de conhecimentos jurídicos penais por parte desses militares não é suficiente para concretizar os princípios jurídicos específicos requeridos pelo princípio geral do devido processo legal.

Em sexto lugar, comparou-se a composição quantitativa e o poder de voto nos órgãos colegiados integrados por magistrados e por não magistrados em relação à composição dos conselhos de justiça militar.

Aos juizados especiais, por exemplo, a CF/88 faculta expressamente que possam ser providos por juízes togados, ou togados e leigos. Então a lei 9099/95, que organiza esses juizados em âmbito estadual, determina em seu art. 7º que os conciliadores sejam recrutados preferentemente entre os bacharéis em direito e que os juízes leigos sejam recrutados dentre os advogados com mais de cinco anos de experiência, e por seu art. 24, §2º que os árbitros sejam escolhidos entre os juízes leigos, para os três atuarem como auxiliares da justiça. Essa lei estabelece em seus arts. 5º e 6º que compete ao magistrado dirigir e julgar o processo, bem como homologar o laudo do juiz arbitral.

Quanto às juntas eleitorais, o art. 21, §1º da CF/88 atribui à lei complementar a tarefa de dispor sobre a sua organização e competência, o que é feito pelo Código Eleitoral que no seu art. 36 determina que as juntas eleitorais devam ser compostas por um juiz de direito e dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade. Cabem aos juízes

de direito que presidem as juntas processarem e julgarem os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos, decidirem *habeas corpus* e mandado de segurança, em matéria eleitoral, e demais atribuições listadas no art. 36 do Código Eleitoral, cabendo aos juízes leigos as atribuições de caráter administrativo-eleitoral.

Nos conselhos de justiça, contudo, é o *esca-binato*, ou seja, o magistrado e quatro juízes militares que julgam conjuntamente os réus militares. Todos os membros votam, formando a decisão por maioria, então, uma vez que são quatro militares e um magistrado, sempre é o voto militar que prevalece e, com ele, todas as convicções dos *experts* na caserna, mas leigos no direito. Trata-se de “desnaturar” a função de julgar, conforme leciona Gusmão (1915), pois não atende especificamente ao princípio da imparcialidade em sua modalidade subjetiva, uma vez que é intrínseca a relação do militar juiz com uma das partes interessadas no processo, qual seja a Força Armada a qual pertencem ele e o réu.

Em suma, a CF/88 não prevê que os “juízes militares” devam ser militares oficiais e da ativa, tampouco determina que os conselhos de justiça sejam formados por militares, nem que eles sejam em maior número em relação aos juízes togados, nem que possuam voto paritário e determinante no processo, nem lhes excetuem a necessidade de conhecimento jurídico ou de deterem notória condição, nem os qualificam como *sui generis* em relação aos demais órgãos jurisdicionais. Assim, os conselhos de justiça militar estão, de fato, em dissonância com as normas (regras e princípios) constitucionais, e especialmente em desacordo com o princípio do juiz natural.

Conclusão

Apesar das críticas contra a existência da justiça militar, a exemplo das realizadas por Hélio Lobo (1906), essa justiça especializada não pode ser extinta posto ter sido instituída como órgão do poder judiciário pelo poder constituinte originário. Também os relatos sobre práticas atentatórias à independência da magistratura,

alto custo de manutenção dos tribunais, morosidade, nepotismo, e outras dessa espécie, não justificam a extinção da justiça militar, pois se tratam de falhas recorrentes na administração pública de modo geral, e devem ser corrigidas uniformemente. Entretanto, as críticas quanto à função judicante ser exercida por militares sem conhecimentos jurídicos, atuando, inclusive, em maioria no órgão jurisdicional, são pertinentes, a exemplo das suscitadas por Chrysólito de Gusmão (1915) e Esmeraldino Bandeira (1919).

A justiça militar, resistente às críticas, permanece com uma estrutura incompatível com a nova realidade social, e conflitante com a ordem constitucional prescrita pela CF/88. A ideia de haver um conselho como juízo natural para o julgamento de militares provém do sistema militar romano, foi aproveitada pelos sistemas militares espanhol e português, trazida ao Brasil pelos colonizadores portugueses e mantida no ordenamento jurídico brasileiro até os dias atuais. E apesar de a justiça militar integrar o poder judiciário desde 1934, ela também resiste à principiologia processual constitucional, muitas vezes sob a justificativa de pautar-se nos princípios da hierarquia e da disciplina, que justificariam a não aplicação ou a mitigação de todos os demais princípios.

Especificamente quanto ao princípio do juiz natural, seu núcleo inicial foi a vedação ao tribunal de exceção, mas a doutrina jurídica norte-americana acrescentou a exigência do estabelecimento de uma regra prévia de competência, e no Brasil essa competência deriva de fontes constitucionais. Assim, a moderna doutrina entende que o órgão jurisdicional deve ser instituído pela Constituição ou pela lei expressamente autorizada pela Constituição e em conformidade com os limites constitucionais. Inclusive, essa lógica tri-conceitual do princípio do juiz natural como sendo o garantidor de uma prévia investidura de jurisdição e competência constitucional, bem como a vedação de instituição de juízo natural através de lei, são verificáveis na jurisprudência do STF.

Concluiu-se que, como a CF/88 não dispõe que os juízes militares devam ser militares oficiais e

da ativa, tampouco determina que os conselhos de justiça sejam formados por militares, nem que eles sejam em maior número que o de juízes togados, nem que possuam voto paritário e determinante no processo, e como todas as outras formas e meios de investir órgãos de jurisdição prezam pela prevalência do conhecimento jurídico, os conselhos de justiça militar estão em dissonância com as normas (regras e princípios) constitucionais, e em desacordo, especificamente, com o princípio do juiz natural.

Por tudo isso, discordou-se do posicionamento do STF no HC 115530 PR, DJe 158, publicado em 14 de agosto de 2013. Pois o princípio estruturante do Estado democrático de direito é concretizado, dentre outros, pelo princípio geral do devido processo legal, que, por sua vez, é concretizado, dentre outros, pelo princípio da imparcialidade, que, por sua vez, deve ser efetivado pelas regras, dentre outras, as que asseguram o juízo natural, através das regras de investidura e de competência.

Em decorrência da incompatibilidade dos conselhos de justiça com a sistemática constitucional, propõe-se a ampliação da competência dos juízes togados no âmbito da justiça militar. Essa ampliação de competência, ou mesmo a atuação monocrática do magistrado na justiça militar resolveria o problema de se ter um foro colegiado em primeira instância, estabelecido por lei aos militares, sem que para tal haja razão constitucional. Também sanaria a necessidade de se garantir a imparcialidade e a independência funcional do órgão jurisdicional, uma vez que a magistratura já conta com mecanismos, garantias e deveres, nesse intuito e em conformidade com a CF/88.

Referências

- Bandeira, E. O. T. (1919). *Direito, justiça e processo militar* (2ª ed.) Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves.
- Brasil. (1965). Lei 4737, de 15 de julho. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm

- Brasil. (1979). Lei complementar 35, de 14 de março. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm
- Brasil. (1992). Lei 8457, de 4 de setembro. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus serviços auxiliares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm
- Brasil. (1998). Constituição da República Federativa do Brasil.
- Brasil. (2001). Lei complementar 893, de 9 de março. Institui o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2001/lei.complementar-893-09.03.2001.html>
- Brasil. (2008). Auto Circunstanciado de Inspeção Preventiva na Justiça Militar Estadual do Rio Grande do Sul. Portaria 89.
- Brasil. (2011). STM – Desaforamento 0000015-97.2006.7.12.0012 AM, Rel. Min. Fernando Sérgio Galvão, julgado em 16 de junho. Disponível em: <https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20588506/desaforamento-desaf-159720067120012-am-0000015-9720067120012>
- Cintra, A. C. de A., Grinover, A. P. & Dinamarco, C. R. (2012). *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros.
- Conselho Nacional de Justiça. (2013). *Justiça em números 2013: ano-base 2012*. Brasília: CNJ.
- Conselho Nacional de Justiça. (2014). *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ.
- Cunha, D. da., Jr. (2011). *Curso de direito constitucional* (5ª ed.). Salvador: JusPodivm.
- Escobar-Martínez, L. M. (2009). La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15, pp. 181-214. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1692-81562009000200007&lng=es&nrm=is
- Fernández, F. (2008). Las particularidades de la jurisdicción militar española en el otorgamiento del amparo judicial. En: M. E. G. T. Rocha & Z. M. C. F. Petersen (coords.). *Coletânea de Estudos Jurídicos: Bicentenário da Justiça Militar no Brasil* (pp. 36-59). Brasília: Superior Tribunal Militar.
- Grau, E. R. (2006). *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito* (4ª ed.). São Paulo: Malheiros.
- Gusmão, C. de. (1915). *Direito penal militar, com anexos referentes à legislação penal militar brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos.
- Lobo, H. (1906). *Sabres e togas: a autonomia judicante militar*. Rio de Janeiro: Typ. Bernard Freres.
- Magalhães, J. B. (1998). *A evolução militar do Brasil* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército.
- Magalhães, Y. C. (2007). Aspectos da justiça militar sob a ótica da Constituição Federal de 1988. 2007. 109f. Dissertação (pós-graduação em Direito Público). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.
- Oliveira, E. P. de. (2006). *Curso de processo penal* (6ª ed.). Belo Horizonte: Del Rey.
- Palma, R. F. (2010). *Direito militar romano*. Curitiba: Juruá.
- Ribeiro, L. R. M. (2008). *200 anos de justiça militar no Brasil, 1808-2008*. Rio de Janeiro: Action.

LA MUJER INDÍGENA Y SU DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN MÉXICO*

Jean Cadet Odimba
On'Etambalako Wetshokonda**

Fecha de recepción: 25 de abril de 2016
Fecha de evaluación: 14 de marzo de 2017
Fecha de aprobación: 16 de mayo de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3046>

Forma de citación: Odimba, J. (2017). La mujer indígena y su derecho a la participación política en México. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 40, 145-158. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3046>

Resumen

Las diferentes culturas y subculturas pueden y deben coexistir y la tarea del Estado es conservarlas. En ese sentido, en México, uno de los temas que más se abordan es la participación política de la mujer indígena, el cual hace necesario su tratamiento, con fundamento en la prevalencia de dos ejemplos clásicos de desigualdad que analizaremos de forma conjunta en el presente artículo: la desigualdad de género y la desigualdad de los pueblos.

Palabras clave:

Derecho, mujer, indígena, participación política.

* El presente trabajo es resultado del proyecto de investigación "Desarrollo de instrumentos elementales para capacitación en materia de equidad de género en los pueblos y comunidades indígenas", aprobado por la Coordinación de Investigación Científica de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (Michoacán, México).

** Profesor investigador titular C de tiempo completo con carácter definitivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (Michoacán, México). Profesor de la División de Estudios de Posgrado en Derecho del Centro de Estudios de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, México) y profesor de cátedra en el Instituto de Formación e Investigaciones Jurídicas de Michoacán (Michoacán, México). Además, es docente invitado de la Universidad Autónoma de Chihuahua (Chihuahua, México) y miembro del profesorado del Instituto de Estudios Jurídicos de Jalisco (Jalisco, México). Premio Estatal al Mérito en Derechos Humanos 2013, miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel Uno, autor de múltiples publicaciones en temas jurídicos entre los cuales se cuentan libros, capítulos de libros y artículos en revistas indexadas nacionales e internacionales. Correo electrónico: odimba@umch.mx

THE INDIGENOUS WOMEN AND THEIR RIGHT FOR POLITICAL PARTICIPATION IN MEXICO

Summary

Different cultures and subcultures can and should coexist. The task of the state is to preserve them. In this regard, in Mexico, one of the topics that is mostly addressed is the political participation of indigenous women, which makes it necessary to analyze by using as a foundation the prevalence of two classic examples of inequality which are discussed jointly in this essay: gender inequality and inequality towards the common people.

Keywords:

Law, women, indigenous women, political participation.

A MULHER INDÍGENA E O SEU DIREITO À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO MÉXICO

Resumo

As diferentes culturas e subculturas podem e devem coexistir e a tarefa do Estado é conservá-las. Nesse sentido, no México, um dos temas que são mais abordados, é a participação política da mulher indígena, o que exige seu tratamento, com base na prevalência de dois exemplos clássicos de desigualdade, que vamos analisar conjuntamente em este ensaio e são: a desigualdade de gênero e a desigualdade para os povos.

Palavras-chave:

Direito, mulher, indígena, participação política.

Introducción

El derecho tiene como finalidad proteger los valores de la igualdad y la justicia para el bien común, pero también enuncia las desigualdades e injusticias que anteceden y dan origen a la necesidad de normas. De ahí que estas desigualdades se vean plasmadas en tipos y grados que hay que combatir.

Las situaciones de la problemática sociojurídica que se ponen en cuestión, nos han mostrado que las distintas culturas y subculturas pueden y deben coexistir y la tarea del Estado es conservarlas¹. En México, uno de los temas que

más se abordan, es la participación política de la mujer indígena, el cual hace primordial su tratamiento con fundamento en la prevalencia de dos ejemplos clásicos de desigualdad, que analizaremos de forma conjunta en el presente artículo y son los siguientes:

influir también de forma significativa el comportamiento de los individuos. La subcultura es pues un grupo cultural distinto que existe como un segmento claramente identificable dentro de una sociedad más compleja. Los miembros de una subcultura específica tienden a poseer creencias, valores y costumbres que los diferencia del resto, pero comparten con la mayoría las creencias culturales dominantes y los valores predominantes del comportamiento de una sociedad general.

¹ Cada cultura comprende a su vez pequeños grupos o subculturas, que son unidades menores que pueden

A. La desigualdad de género

La brecha de ingresos en México es una de las más altas en el mundo y más de la mitad de la población se encuentra en estado de pobreza. La coyuntura actual de las mujeres se caracteriza por la desigualdad en todos los ámbitos: ingresos, laboral, educativo, salud, familiar y político. Padecen las condiciones más desfavorables y asumen los mayores costos, algunos de ellos aceptados como “normales”, ya que la transmisión de conocimientos y valores reproduce la ideología dominante.

La toma de conciencia de la discriminación que sufren las mujeres no es fácil en una sociedad donde son aparentemente libres y se requiere una gran capacidad para reconocer que es una ilusión la igualdad entre sexos. Por eso, a pesar de instaurarse como valor cultural el principio de la igualdad de género, la evidente subordinación femenina pasó a ser lo que se ha llamado la “opresión sin nombre”. Según Nash (2004, p. 167) “las mujeres tuvieron incluso que aprender a identificar y nombrar su opresión”.

B. La desigualdad de los pueblos y comunidades indígenas

Prevalece en estos grupos de personas el padecimiento de discriminación que en ocasiones no permite cubrir ni siquiera las necesidades básicas de subsistencia; viven en la pobreza, marginación, sin servicios públicos, etc.; lo que a su vez, repercute en sus derechos concernientes al desarrollo social y político, entre otras cosas.

La cuestión a tratar es cómo estas dos circunstancias de vulnerabilidad son los principales obstáculos para la participación política de la mujer indígena.

C. Las mujeres indígenas y su derecho a la participación política

Con regularidad pensamos que al indígena se le ha intentado reconocer jurídicamente como

sujeto de derechos especiales solo en convenciones de la Organización de las Naciones Unidas, el primer antecedente interamericano lo encontramos en Pátzcuaro, Michoacán. Este recibió el nombre de Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano (1940). “Los indigenistas de Pátzcuaro tenían percepciones más amplias de los problemas de lo que se piensa. Hicieron énfasis tanto en temas de ‘clase’ como de ‘cultura’ y también se preocuparon por fomentar la participación de los mismos voceros indígenas” (Pineda, 2012, p. 17). Además contaron con la aportación de Lázaro Cárdenas, quien, como gobernador en aquel entonces, acentuó sobre la necesidad de sus derechos y sus tierras.

Referente a los derechos de la mujer indígena, uno de los puntos más importantes fue la necesidad de protegerla. Dicho documento no culminó con el verdadero reconocimiento y el respeto de sus derechos en el país, a pesar de ello fue uno de los primeros llamados a la sociedad para revalorizar el papel de los aborígenes y así lograr un precedente para la participación política de la mujer indígena.

Por otro lado y para entrar en las generalidades del sistema nacional, la participación política por muchos años no se conjugó con la participación electoral, si bien ambas van de la mano y son parte de los derechos políticos no significan lo mismo. Aun en la actualidad, se considera que el derecho electoral “se refiere al sufragio en cuanto a las condiciones para poder participar en las elecciones y a la configuración de este derecho de participación” (Larrosa, 2007, p. 206). Es decir, se percibe solamente como el derecho al voto, mientras que el derecho a la participación política abarca un mayor contexto que contiene:

1. El derecho a elegir libremente a los representantes populares.
2. El derecho a pertenecer libremente a un partido político o cualquier otro tipo de institución enunciada por las leyes electorales.

3. El derecho de poder fungir como candidato para los puestos de elección popular.
4. El derecho de promover y ser partícipe de las políticas públicas que reflejen las necesidades fundamentales de la comunidad.

El ejercicio del voto de la mujer y su participación en cargos de elección popular, son de igual relevancia y por eso se ha determinado que los partidos deben registrar un mínimo de 50 % de mujeres en su planilla². No obstante, el problema es aún más complejo ya que los pueblos y comunidades indígenas tienen costumbres que nunca han encajado en el sistema político, de ahí que se les respete su cultura y se establezca el derecho a la libre autodeterminación de su gobierno.

México asumió el compromiso internacional de respetar a la población indígena, sus sistemas de elección y sus estructuras de cargos y organismos públicos, principalmente a través del artículo 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, el Tratado 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁴ y la reforma al artículo 2º constitucional⁵.

En lo que concierne a la igualdad de género en la participación política, el país firmó la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1953): “deseando igualar la condición del hombre y de la mujer en el disfrute y ejercicio de los derechos políticos”, con tres compromisos principales que hoy forman parte del discurso de la igualdad de las mujeres: ejercer el derecho al voto, ser elegibles y ocupar cargos públicos. Este compromiso se reafirmó en el artículo 7º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (1979).

Entre las dificultades que implica la libre autodeterminación del gobierno en los pueblos y comunidades aborígenes está una afectación hacia las mujeres, ya que la mayoría de estos considera que la nativa no tiene porqué participar de forma plena, desde ejercer el voto hasta poder ocupar cargos de elección popular (Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión LXIII Legislatura, 2014). Es evidente que esta situación constituye una discriminación de género y una violación a los derechos políticos de la mujer indígena, por lo cual, no permite que la cultura se sobreponga.

La búsqueda de igualdad para la participación política de la mujer indígena, ha sido mucho más difícil que la búsqueda de igualdad para la participación de la mujer en general. Legislar para que las mujeres tuvieran igualdad de oportunidades en la vida política del país fue una lucha que comenzó por el derecho al voto y llevó a invadir prejuicios de la cultura mexicana que incurrieran en la discriminación. Hoy día se ve como algo normal, pero costó años de persistencia.

Sin embargo, en el caso de los pueblos y comunidades indígenas encontramos una tradición mucho más antigua y arraigada donde la mujer religiosamente debe obedecer a Dios pero también al hombre (López y Pitarch, 2006); en los movimientos revolucionarios no se le ve como el género débil, pero a la hora de establecer derechos no se le reconocen igualdad de condiciones (Pequeño, 2009). La mujer indígena trabaja en

² Las últimas observaciones para garantizar la paridad se encuentran en INE/CG63/2016: “Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que, en ejercicio de la facultad de atracción, se emiten criterios generales a efecto de garantizar el cumplimiento al principio de paridad de género en la postulación de candidaturas para todos los cargos de elección popular local”.

³ “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. 2. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1º).

⁴ “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Convenio 169 de la OIT, artículo 2º).

⁵ “Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía [...]” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, 14 de agosto de 2001, artículo 2º, A).

la agricultura mucho más que el hombre, pero su esfuerzo no es considerado tan ejemplar como el de este (FAO, 2004); políticamente, en especial en los cargos de liderazgo, se sigue eligiendo más al hombre porque todas las estructuras sociales indican que es primero él, en particular si se trata de comunidades indígenas machistas (Becerra y Mendoza, 2007).

Por otro lado, las tradiciones de desigualdad no son tradiciones de una comunidad justa y no tienen por qué defenderse: el multiculturalismo es posible porque la dignidad se encuentra por encima de la política, pero también de la cultura.

D. Antecedentes del derecho a la participación política de la mujer y la mujer indígena

Hace apenas unas décadas, no se tomaba a la mujer como persona con autonomía, sino que se le percibía como aquella que debía subordinarse al hombre; mucho menos se hablaba históricamente de ella, pero en la actualidad es más que una moda. Hoy se enfatiza su rol en la sociedad, pasó de ser ama de casa a mujer trabajadora y mujer política que forma parte de las instituciones transformadas acorde con sus necesidades.

El punto de partida para el reconocimiento de la mujer como partícipe de la vida política del país es su derecho al voto, este es otorgado siempre a los ciudadanos: cualquiera que no sea ciudadano, no cuenta con la plena protección del Estado ni con plena capacidad de ejercicio, especialmente tratándose de derechos políticos⁶.

⁶ “Son derechos del ciudadano: I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación (reformada mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 9 de agosto de 2012); III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país

Aunque en los estados de Chiapas, Tabasco y Yucatán desde 1916 las mujeres además de votar pueden postularse a cargos públicos (Tapia, 2011), fue en el año 1947 que se estableció el derecho generalizado al voto de la mujer en México (CPEUM, art. 8) y es a partir de la participación de la mujer en las elecciones que se reconoce en cierto sentido su ciudadanía.

Chiapas y Yucatán son dos de los estados que cuentan con mayor número de habitantes indígenas (Inegi, 2015), este dato muestra que la mujer es más reconocida en términos de equidad política (para el sufragio) por razón de las propias costumbres y que no en todas las comunidades indígenas impera la desigualdad de género en los mismos grados y formas.

Para el año de 1953, se realiza la reforma a los artículos 34 y 115, fracción I constitucionales, considerando entre otros motivos,

[...] que la mujer mexicana, generosa y desinteresadamente ha presentado su valiosa aportación a las causas más nobles, compartiendo peligros y responsabilidades con el hombre, alentándolo en sus empresas e inculcando en sus hijos los principios morales que han sido un firme sostén de la familia mexicana (Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados, 1953).

El texto resalta que, para los legisladores, la mujer con sus acciones ya había demostrado a la sociedad, hasta esos momentos, que podía poner en marcha su capacidad de ejercicio

(reformada mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 22 de agosto de 1996); IV. Tomar las armas en el ejército o guardia nacional, para la defensa de la república y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes (reformada mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 9 de agosto de 2012); V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición; VI. Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley (adicionada mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 9 de agosto de 2012)” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, 9 de agosto de 2012, artículo 35).

con las virtudes propias de su género, pero con el mismo grado de responsabilidad y ética del hombre. En ese mismo sentido, ya no se enunciaba a “los varones con modo honesto de vivir”, sino hombres y mujeres mexicanos bajo los requisitos de la Constitución.

A pesar de los avances, las ideas machistas continuaron considerando a la mujer inferior y todavía tuvieron que pasar más años para que incrementara su participación no solo en las votaciones, sino en cargos políticos. Entre las razones que demuestran que los prejuicios no ven idónea a la mujer en la política, existe una muestra realizada en 1993 donde el 62,2 % de los encuestados consideró que “lo mejor que puede hacer una mujer es ocuparse de su casa” (Duarte, 2004, p. 119); por fortuna esta tendencia se ha desvanecido y para el 2002 ya solo un 17 % creyó que la mujer debe ser ama de casa.

Este muestreo no se refiere propiamente a una pregunta enfocada en la participación política, sino social, pero ambos tipos de participación se retroalimentan y no se puede dejar de lado que la percepción de género refleja su influencia en el derecho electoral.

El 15 de agosto de 1990 se crea el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y a raíz del mismo, nace el Instituto Federal Electoral (IFE); ya que desde 1946, la llamada Comisión Federal de Vigilancia Electoral se conformaba por el secretario de Gobernación, un miembro del gabinete, un diputado, un senador y dos representantes de los partidos políticos de mayor relevancia (Reglamento, 1946); es evidente que no se contemplaba ni siquiera la pluralidad de partidos, mucho menos la posibilidad de presentar candidaturas independientes o algún artículo especial referido a las mujeres o a las comunidades indígenas.

Por ello, los avances de 1990 para contribuir de forma indirecta a la participación política fueron significativos: solo hasta entonces, se prevé la instalación de un sistema electoral con un padrón actualizado de votantes (Código Federal

de Instituciones y Procedimientos Electorales, 1992) que pudiera dar certeza y confiabilidad a un método de votación libre y secreto. Además, fue un sistema que permitió por primera vez la transparencia sobre la cantidad de votantes y los estudios estadísticos sobre las características de los mismos como: sus edades, sexo y domicilios reales (que pudieran dar cuenta de las variaciones de votación en virtud de otras circunstancias sociales) y en este caso, el arrojar también datos sobre pertenencia a grupos indígenas que participaban o no en las elecciones.

El 28 de febrero de 1992 se reforma el artículo 4º constitucional que reconoce el multiculturalismo o desarrollo de la cultura, pero por sí mismo, carecía de fuerza; era urgente que los demás instrumentos jurídicos tuviesen la armonía necesaria para garantizar el respeto de las diferentes culturas, no pasaría mucho tiempo para que se diera la primera llamada de alerta.

En 1994 se vivió una experiencia histórica, inesperada para el gobierno y que con la rebelión del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), demostró la relación entre la escasez de medios para la subsistencia y la búsqueda de la soberanía⁷. Independiente de las críticas a dicho acontecimiento, uno de los aportes más fuertes que realizó el EZLN al multiculturalismo, fue la búsqueda del derecho a la autodeterminación criticando que no se prevén facultades o formas para que el pueblo pueda adaptar sus institu-

⁷ “La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, 05-02-1917, artículo 39). “Los dictadores están aplicando una guerra genocida no declarada contra nuestros pueblos desde hace muchos años, por lo que pedimos tu participación decidida apoyando este plan del pueblo mexicano que lucha por trabajo, tierra, techo, alimentación, salud, educación, independencia, libertad, democracia, justicia y paz. Declaramos que no dejaremos de pelear hasta lograr el cumplimiento de estas demandas básicas de nuestro pueblo formando un gobierno de nuestro país libre y democrático” (Primera Declaración de la Selva, Comandancia General del EZLN, 1993).

ciones a las necesidades de sus gobernados y que este grupo plasmó en una serie de leyes revolucionarias, entre las que destacan la Ley de Derechos y Obligaciones de los Pueblos en Lucha (Declaración de la Selva Lacandona) y la Ley Revolucionaria de Mujeres que establecía el respeto e igualdad de las mismas en los ámbitos político, social y económico. Así el EZLN también rechazó que las elecciones tuvieran que cerrarse específicamente con la técnica de partidos políticos cuando solicitaron

Que reforme la ley electoral en términos que garanticen: limpieza, credibilidad, equidad, participación ciudadana no partidaria y no gubernamental, reconocimiento de todas las fuerzas políticas nacionales, regionales o locales, y que convoque a nuevas elecciones generales en la federación (Segunda Declaración de la Selva, Comandancia General del EZLN, 1994).

Con la intención de reforzar el consenso de las propuestas del EZLN, el 27 de agosto de 1995, la organización no gubernamental Alianza Cívica⁸ por invitación del EZLN, organiza consulta nacional por la paz y la democracia (Centro de Documentación sobre Zapatismo, 2013) donde se preguntó a los mexicanos si era necesario hacer una reforma política para garantizar la democracia, y aunque la pregunta es vaga en cuanto las formas (cómo debiera ser dicha reforma) un 95,37 % respondió que sí. Cabe resaltar que al día siguiente de la consulta, se dieron a conocer los resultados, lo cual lleva a pensar que dicho estudio es falso, pero invita a la gente a reflexionar sobre sus derechos políticos.

En 1996, a raíz de las propias necesidades del sistema electoral, se crea un marco de obligaciones mediante el *Manual de organización y procedimientos* de la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales que hasta la

fecha sigue vigente. Antes de la formación de este organismo, no se contemplaban los fraudes electorales como delitos. “Una pretensión del sistema electoral mexicano de la década de los ochenta, era erradicar conductas fraudulentas, pero sobre todo escandalosas con credenciales de elector que no correspondían al ciudadano y a la alteración de las actas electorales” (Díaz, 2013, p. 46), lo que quizá nadie se imaginó hasta esos momentos, es que las denuncias actuales además de relacionarse con delitos para generar falsos votos, demandarían la inclusión.

Durante los años subsecuentes, las candidaturas independientes fueron un tema de discusión que muchos se plantearon como forma de garantizar la democracia y son un claro antecedente de las acciones tendientes al libre ejercicio de los derechos políticos y el multiculturalismo.

El 13 de septiembre de 2007, se celebra la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la cual México es parte, y que entre otros motivos, se genera:

Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007).

Con esto se resalta, que los derechos políticos no están separados de la parte empírica, ya que los indígenas, entre otros rasgos, se distinguen por el arraigado apego a sus tierras ancestrales y perciben los recursos del medioambiente como parte de su patrimonio común; mismo que también ha suscitado innumerables controversias históricas por despojos, siendo responsables las empresas mineras⁹, la privación de su derecho

⁸ Dicha organización había surgido en 1994 como un movimiento nacional y ciudadano, con presencia en todos los estados de la República. (Actualmente impulsa un programa de Transparencia y Rendición de Cuentas para una Democracia con Resultados para la Gente).

⁹ Por señalar uno de tantos ejemplos: durante cinco años, de 1885 a 1890, los yaquis de Sonora estuvieron en guerra con una empresa minera hasta que se les envió

al agua¹⁰, empresas que talan árboles (Aragón, 2013), entre otras, que conllevan la perpetua desconfianza de los indígenas en el sistema nacional y las ideologías capitalistas que pretenden pasar por alto el derecho al desarrollo de los indígenas a través del medioambiente (Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, 1986). De ahí que también la Asamblea se manifestó en la Declaración (1986).

Convencida de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades.

Más relevante aún, es que los principios por los cuales se crea esta Declaración son los mismos que como sociedad mexicana, proclamamos como parte del discurso social para la consecución de la soberanía nacional e internacional, pero olvidando que ellos también forman parte de la comunidad: “los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe” (Naciones Unidas, 2007).

Como se puede ver, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en vez de legislar de manera aislada, propone principios morales que en nuestras contradicciones internas como nación decidimos ignorar. A pesar de los parámetros de interpretación que proporcionó dicho instrumento fueron necesarios muchos cambios en la legislación general para llegar al reconocimiento real del multiculturalismo y el respeto de las diferentes culturas.

En el 2008, se estableció que la sola organización de ciudadanos puede formar partidos y además se implantó la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (Código Federal de Institu-

ciones y Procedimientos Electorales, 2008). Estos dos reconocimientos constitucionales propiciaron que en los años subsiguientes se generara la jurisprudencia que hoy nos permite interpretar ambas vertientes dentro de la gama de argumentos a favor de los derechos políticos de los pueblos y comunidades indígenas. Así mismo, se han reflejado cambios positivos en la práctica de la igualdad, por ejemplo:

[...] mientras en la elección federal de 2009, (primera elección federal en la que se aplicó la cuota de género 60/40), el número de mujeres ascendió a 27.6 % (LXI Legislatura) en la Cámara de Diputados, para 2012 (LXII Legislatura), el número de diputadas se incrementaría de manera importante a un 36.8 % (184 diputadas), mientras que el número de senadoras ascendería a un 34.3 % (44 senadoras) (Medina, 2010, p. 14).

Lo anterior quiere decir que no solo se promueven las candidaturas políticas de la mujer, sino que estas se observan en las ideas sociales que indican cada vez más que el hombre no es el único que cuenta con el perfil necesario para legislar.

El 10 de junio de 2011 se llevó a cabo la reforma constitucional en derechos humanos en donde México reconoce la obligatoriedad de los tratados internacionales de los mismos:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, p. 1).

Esto otorga fuerza a los documentos internacionales en materia de derechos de los pueblos y comunidades indígenas que con anterioridad

en calidad de esclavos a Oaxaca (Vázquez, 2004).

¹⁰ Por ejemplo: durante la revolución comunista en el estado de Hidalgo (Díaz, 2002).

no se aplicaron, así como también, hace que toda la legislación deba adaptarse para estar en armonía con lo dispuesto por la Constitución.

Por otro lado, resolver sobre cuestiones de los derechos políticos de estas comunidades, implica conocer sus costumbres, ya que, en su caso, no solo se debe considerar que no se sujetan a los sistemas de partidos, sino que se deben respetar entre sus usos y tradiciones, el autogobierno mediante una serie de cargos particulares que varían de una comunidad a otra (Singer, 2013).

Entre las sentencias más importantes respecto de la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, se destaca el caso del municipio de Cherán en Michoacán (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014) así mismo, sobresale la tesis aún no publicada número XLI/2015 (“Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”, 2015) que enuncia la obligación de los partidos políticos de promover la participación democrática de los indígenas.

Quizá en los próximos años, la inclusión de indígenas en las fórmulas de los partidos políticos arroje los resultados necesarios para que no solo el hombre, sino la mujer indígena pueda participar más activamente, pues desde hace tiempo en la legislación nacional se contempla a hombres y mujeres en igualdad de circunstancias y no existen argumentos jurídicos ni culturales válidos entre sus integrantes para limitar en ningún aspecto los derechos políticos por cuestiones de género.

E. Próximas metas para el ejercicio eficaz de los derechos políticos de la mujer indígena

Para fortalecer aún más los cimientos de la plena participación política de las mujeres indígenas y disminuir las controversias, en el 2015 se creó el Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas.

Este instrumento contiene derechos políticos y sociales; los derechos políticos se aprecian en el apartado 4, denominado “Derechos de las personas, comunidades y pueblos indígenas”, en el que cabe mencionar que se tomaron en consideración las sentencias más relevantes que ha proferido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así mismo, con la intención de que los indígenas cuenten con una adecuada protección durante los procesos electorales, se creó la Defensoría Pública Electoral para Pueblos y Comunidades Indígenas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el 7 de marzo de 2016, para encontrar defensores que sean capaces de comprender sus culturas, incluyendo sus lenguas.

Este año, es el momento justo y necesario para culminar con los cambios que garanticen la democracia multicultural: debemos reconocer que uno de los motivos que arraigaron las conductas discriminatorias, fue que por mucho tiempo no se realizaron las reformas suficientes para garantizar sus derechos políticos, pero también estos pueblos deben admitir que la denominación de comunidad a la que tanto se alude existe porque son y deben ser incluyentes con todos sus miembros, sin olvidar a las mujeres.

Contamos con una Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (2014), una Ley General de Partidos Políticos (2014) y una Ley General en Materia de Delitos Electorales (2014), entre otros instrumentos para el ejercicio de nuestro derecho electoral. Ahora bien, la Ley General de Partidos Políticos no resulta útil para las comunidades indígenas, por eso se ha requerido analizar:

1. Los elementos comunes por los cuales se regulan los pueblos y comunidades indígenas;
2. Los organismos particulares que integran el cuerpo político de cada una de ellas y en especial;
3. Las formas para generar la igualdad de género.

Sin embargo, no es una tarea fácil porque como se mencionó, aun entre grupos de la propia etnia existen costumbres de organización muy diferentes, no se pueden estandarizar en un código tan explícito y general.

La antropología jurídica realiza sus investigaciones a partir de un método llamado etnografía, el cual consiste en la observación directa del problema. Los antropólogos llegan a las comunidades y revisan cómo se desarrollan las formas jurídicas en los sistemas normativos indígenas, usos y costumbres (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016, p. 14).

A esto se suma el hecho de que su fuente de derecho son las costumbres que reflejan sus principios sociales y que no encontramos en un texto escrito (Aragón, 2013, p. 39). Los mayores recursos para interpretar correctamente sus necesidades hasta ahora, son las directrices internacionales de derechos humanos que protegen la vida comunitaria. Actualmente no existe un código nacional en materia electoral indígena.

La Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (2003) es el instrumento que establece los órganos y procedimientos a través de los cuales deben realizarse las consultas a los pueblos y comunidades indígenas, no obstante, desde antes de ejecutarse, ya se criticaba que pasó por alto una situación muy importante: “Uno de los inconvenientes de esta iniciativa es que evade el problema de consultar a los pueblos ‘a través de sus instituciones representativas’ como mandata el Convenio 169 de la OIT” (Bermejillo, 2005, p. 78).

Hace unos días, el diputado Christian Joaquín Sánchez Sánchez sugirió “cambiar la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas, para crear un padrón nacional que sirva como herramienta a fin de diseñar e instrumentar programas y políticas más eficaces”¹¹.

¹¹ En sesión de la H. Cámara de Diputados. Tipo de

Menos compleja, pero no sencilla, es la idea de instalar defensores de los derechos políticos de los pueblos y comunidades indígenas, puesto que van a tener que conocer de cultura indígena y del sistema político nacional; porque la finalidad no es solo que las comunidades ejerzan sus derechos en el plano local, sino que se integren al ámbito nacional.

Una formación jurídica puramente legalista ignora que existen puntos comunes y puntos substanciales diversos, pero el conocimiento en derechos humanos nos permite asimilar el multiculturalismo y la flexibilidad que asegure que todos puedan llegar a sentirse representados; en virtud de ello, tiene argumento la creación del Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas, dado que no es un código, sino una serie de principios basados en la interpretación de los compromisos históricos de México y las circunstancias suscitadas en el campo jurídico que ha permitido interpretar las necesidades más primordiales de una población representativa del país.

Todo apunta a mayores posibilidades para la igualdad política de las mujeres indígenas, aunque hay cuestiones pendientes. Los indígenas no creen en el sistema político y jurídico porque sus derechos sociales no incluyen hasta ahora, ni siquiera el reconocimiento práctico y solidario para la protección y aseguramiento de sus necesidades básicas (Coneval, 2014). Hay suficientes instrumentos en materia de derecho indígena, pero sus efectos en la práctica son más bien insuficientes para garantizar oportunidades y nivel de vida en todos los aspectos.

Hay que reconocer que la democracia rebasa el ámbito electoral, netamente político. Es un proceso a la vez social y cultural, en todos los ámbitos de la vida social: familia,

evento: Participación en tribuna. 30 de marzo de 2016. Disponible en: http://www.canaldelcongreso.gob.mx/vod/reproducir/0_0pnb5a0/Diputado_Christian_Joaquin_Sanchez_Sanchez_PRI

comunidad, empresa, sindicato, partido político, organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación (Stavenhagen, 2007, p. 27).

El diálogo es lo único que en verdad fortalece la democracia, puesto que la forma de gobierno democrata, es aquella que se explica de acuerdo con su mecanismo para la inclusión y participación y no una manera de hacer política por medio de partidos, ni el derecho de asistir a una casilla a depositar un voto: dar una papeleta de voto a una persona que va a morir de hambre es seguramente deshonesto.

Si llegamos a aplicar los derechos humanos en su aspecto político desde su auténtica finalidad, como principios interrelacionados, indivisibles y universales (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948), ya no será menester la reapertura de los Acuerdos de San Andrés que en 2003, recomendó abrir el relator sobre los derechos humanos de los indígenas, así como las movilizaciones de cualesquiera de otros grupos indígenas; pero además, la inclusión garantiza que nadie (no solo los indígenas) sea discriminado por el sistema, porque aunque en este trabajo venimos hablando de estos grupos, la raíz de la discriminación es la misma.

Por último, queda pendiente la reducción de los índices de machismo, tanto en el ámbito nacional como regional y local y en todos los actores de la sociedad. Quizá no podemos comprobar que tenga completa razón Víctor Muñoz (2007, p. 112) cuando afirma que: “La relación patriarcal entre hombres y mujeres es la más antigua forma de desigualdad y el primer modelo de discriminación y sumisión del que tenemos noticia”, pero lo cierto es que en las sociedades occidentales entre las que está México, sí hemos vivido relaciones de patriarcado con una marcada desigualdad de género, que al arraigarse en el centro de las sociedades, es lo que más impide eliminar la violencia contra la mujer.

En la época actual, se redescubre que las actitudes discriminatorias del pasado, complican mucho

más la labor de los derechos humanos, porque el enorgullecimiento de ser individuos aislados, en este caso, principalmente de los grupos indígenas, el conocimiento insuficiente de la historia política de estas comunidades, la decisión de apartarse y vivir en rincones sociales muy diferentes y, sobre todo, la falta de interés por aprender sus lenguas y en su lugar, querer cada vez más entender idiomas extranjeros; hoy nos lleva a una tarea que requiere mucho más esfuerzo.

Conclusión

Utilizamos los términos Latinoamérica, Estado-nación, Estado, municipio, pueblo, etc. y nos acostumbramos a distinguirlos con base en las facultades (jurisdicción); pero nos resulta difícil a quienes vivimos inmersos en el sistema de partidos y a los grupos indígenas, acostumbrarnos a la unificación multicultural que no tiene tanto que ver con el territorio como separatista o incluyente, sino con la diversidad que impera sin distinción de regiones. Sea grande o pequeña la dimensión, no se pueden cambiar los criterios y formas de pensamiento por encima de los tradicionales, pero incluso, hasta nuestro sistema político resalta las diferentes ideologías de nuestras condiciones particulares; los indígenas, guardan como característica sus ideales comunes que también conforman política, aunque se distinga una comunidad de otra.

El obstáculo a la participación política de las mujeres indígenas es tanto normativo como social, pues al permitirles a los pueblos y comunidades indígenas la autodeterminación, el Estado mexicano está dejando de proteger legalmente a sus mujeres, ya que en la mayoría de estos, ellas siguen sin gozar de muchos de sus derechos, como el político-electoral; la discriminación social es mucho más notoria al ser de conocimiento público la posición de subordinación que tiene la mujer ante el hombre en estas comunidades, lo que indudablemente la priva de sus aspiraciones políticas.

Mediante la regulación jurídica y la fuerza de sus leyes, se viene intentando poner fin a esta

situación: se ha influido para que la mujer se sienta capaz de demandar los daños, que sepa que en verdad se reconoce en lo jurídico su igualdad frente al hombre, que el contexto del derecho, en este caso, sí es diferente del contexto histórico-cultural y que poco a poco la historia y la cultura de la diferenciación de la mujer como el género débil, desaparecerá de nuestras percepciones sociales.

La mujer indígena se ha visto frenada por mucho tiempo porque los derechos electorales en la práctica no se han enfocado lo suficiente en ella, pero eso no significa que las cosas deban seguir así, día a día se logran avances que en el futuro garantizarán el respeto al derecho a la participación política de la mujer indígena no solo jurídica, sino socialmente hablando.

Referencias

- Aragón, O. (2013). El derecho en insurrección. El uso contrahegemónico del derecho en el Movimiento Purépecha de Cherán. *Revista de Estudios y Pesquisas sobre las Américas*, 7(2), pp.37-69.
- Becerra, L. & Mendoza, M. A. (2007). *Participación política de las mujeres en Centroamérica y México*. Ciudad de México: Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción.
- Bermejillo, E. (2005). La ley "de" la senadora Calderón. Consultar a los pueblos: ¿trámite o derecho? Disponible en: www.jornada.unam.mx/2005/03/21/oja95-consulta.html
- Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión LXIII Legislatura. (2014). Indispensable que las mujeres indígenas accedan y desempeñen cargos públicos. *Boletín* 3083, 27 de febrero. Disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2014/Febrero/27/3083-Indispensable-que-las-mujeres-indigenas-accedan-y-desempenen-cargos-publicos>
- Centro de Documentación sobre Zapatismo. (s. f.). La consulta nacional de 1995. Disponible en: www.cedoz.org/site/content.php?doc=129
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. (2015). Coneval informa los resultados de la medición de pobreza 2014. *Comunicado de Prensa*, 005, 23 de julio. Disponible en: www.coneval.gob.mx/SalaPrensa/Documents/Comunicado005_Medicion_pobreza_2014.pdf
- Díaz, A. (2002). *Historia del agrarismo en México*. Ciudad de México: Era.
- Díaz, H. (2013). Reflexiones sobre los delitos electorales y la Fepade a partir de la alternancia política (2000-2012). *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, 3, enero-junio, pp.43-68.
- Duarte, V. M. (2004). *Ciudadanía y cultura política: México, 1993-2001*. Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores.
- Food and Agriculture Organization of the United Nations. (2004). Las contribuciones de la mujer a la producción agrícola y la seguridad alimentaria: estado actual y perspectivas. Disponible en: www.fao.org/docrep/x0222s/x0222s02.htm
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2015). Encuesta intercensal 2015. Lenguas indígenas en México y hablantes (de 3 años y más) al 2015. Disponible en: <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/lindigena.aspx?tema=P>
- Larrosa, M. (2007). Partidos políticos, sistemas electorales y sistemas de partidos. En: G. E. Emmerich y V. Alarcón (coords.). *Tratado de ciencia política* (pp. 193-214). Ciudad de México: Anthropos.
- López, J. & Pitarch, R. P. (2006). *Lugares indígenas de la violencia en Iberoamérica. Ciencias y humanismo*. Agencia Española de Cooperación Internacional, Dirección General de Relaciones Culturales y Científicas.

Medina, A. (2010). *La participación política de las mujeres. De las cuotas de género a la paridad*. Ciudad de México: Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, H. Congreso de la Unión Cámara de Diputados, LXI Legislatura.

Muñoz, V. (2007). *Un mar de tiniebla: apuntes para una nueva educación*. En: G. Ramírez (coord.). *Derechos humanos: justicia. Los derechos humanos en las sociedades contemporáneas* (pp. 107-123). Monterrey: Diálogos.

Nash, R. (2004). *Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho, universidad de Chile.

Pequeño, A. (2009). *Participación y políticas de mujeres indígenas en América Latina*. Quito: Facso.

Pineda, R. (2012). El Congreso Indigenista de Pátzcuaro, 1940, una nueva apertura en la política indigenista de las Américas. *Bitácoras de Antropología e Historia de la Antropología en América Latina*, julio-diciembre, pp. 10-28.

Singer, M. (2013). *Justicia electoral. México, participación y representación indígena*. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Stavenhagen, R. (2007). Los derechos humanos en las Américas: nuevos desafíos. En: G. Ramírez (coord.). *Los derechos humanos en las sociedades contemporáneas* (pp. 21-38). Monterrey: Fondo Editorial de Nuevo León.

Tapia, F. (2011). *Tampoco se trata de ser perfectas: relatos de supervivencia, fuerza y amor*. Ciudad de México: Océano.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2016). Las resoluciones del TEPJF respetan el derecho constitucional a la

libre determinación. Bárcena. Disponible en: www.trife.gob.mx/noticias-opinion-y-eventos/boletin/0/8/2016

Vázquez, D. L. (2004). *Historia de México: de la época prehispánica a la actualidad: enseñanza básica*. Ciudad de México: Limusa.

Legislación y jurisprudencia

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Diario Oficial de la Federación. México. (1992).

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Diario Oficial de la Federación. México. (2008).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. México.

Naciones Unidas, Asamblea General “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres”. (1979). 18 de diciembre.

Naciones Unidas, Asamblea General “Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer”. (1953). 31 de marzo.

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, San José. 27 de junio de 1989 se adoptó en la ciudad de Ginebra, Suiza, durante la Septuagésima Sexta Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo. (1986). 4 de diciembre.

Naciones Unidas, Asamblea General “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. (2007). 13 de septiembre.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General (1948). 10 de diciembre.

- Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados 1916-1994. (1953). Legislatura XLII, año legislativo I, periodo ordinario.
- Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. (2015). SUP-JDC-824/2015. Actores: Romel Giovanni Matus y otro. Responsable: Comisión Jurisdiccional Electoral del Partido Acción Nacional, 8 de abril. Unanimidad de votos en cuanto los puntos resolutivos, con la aclaración de que el magistrado Flavio Galván Rivera no comparte las consideraciones. Ponente: Manuel González Oropeza. Ausente: Pedro Esteban Penagos López. Secretario: Esteban Manuel Chapital Romo.
- Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Diario Oficial de la Federación. México. (2003).
- Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Diario Oficial de la Federación. México. (2014). 23 de mayo.
- Ley General de Partidos Políticos. (2014). DOF, 23 de mayo.
- Ley General en Materia de Delitos Electorales, DOF, 23 de mayo de 2014.
- Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas. Diario Oficial de la Federación. México, 15 de abril de 2013.
- Reglamento de la Comisión Federal de Vigilancia Electoral y de las Comisiones Locales Electorales. Diario Oficial de la Federación. México. (1946). 8 de mayo.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). Tribunal Pleno, Décima Época, Seminario Judicial de la Federación, 17 de octubre.

RIESGOS LABORALES PSICOSOCIALES. PERSPECTIVA ORGANIZACIONAL, JURÍDICA Y SOCIAL*

Adriana Camacho Ramírez**
Daniela Rocío Mayorga***

Fecha de recepción: 28 de noviembre de 2016

Fecha de evaluación: 29 de mayo de 2017

Fecha de aprobación: 27 de junio de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3047>

Forma de citación: Camacho, A. & Mayorga, D. R. (2017). Riesgos laborales psicosociales. Perspectiva organizacional, jurídica y social. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 20, 40, 159-172. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3047>

Resumen

Dadas las consecuencias negativas en la productividad, clima organizacional, salud y relaciones interpersonales entre los trabajadores, las empresas están cada vez más interesadas en identificar las causas, prevenirlas y controlarlas. Se pretende establecer las consecuencias de los conflictos laborales, como riesgos psicosociales, en los trabajadores, así como en las empresas y terceros, para lo cual se realiza una aproximación a las definiciones y clasificaciones básicas, mayormente influenciadas desde la psicología; para después analizar el impacto en grupos que históricamente se encuentran discriminados laboralmente, finalizando con algunas recomendaciones.

Palabras clave:

Conflictos laborales, riesgos psicosociales, impacto de los riesgos laborales, grupos discriminados laboralmente.

* El presente artículo se elaboró en el marco de la línea de investigación “*Mobbing*, conflictos laborales y mal clima organizacional”, del Grupo de Investigación Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Universidad del Rosario) (Bogotá, Colombia).

** Abogada de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Abogada de la Università degli Studi di Milano (Milán, Italia). Magister en Derecho Laboral y Administración del Personal en la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (Milán, Italia). Profesora de carrera de la Universidad del Rosario y miembro del Grupo de Investigación Derecho Privado de la misma universidad. Correo electrónico: adriana.camacho@urosario.edu.co

*** Administradora de Negocios Internacionales de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), integrante de la línea de investigación “*Mobbing*, conflictos laborales y mal clima organizacional” del Grupo de Investigación Derecho Privado de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: daniela.mayorga@urosario.edu.co

PSYCHOSOCIAL LABOR RISKS. AN ORGANIZATIONAL, LEGAL AND SOCIAL PERSPECTIVE

Summary

Given the negative consequences over the productivity, organization climate, health, and interpersonal relations between co-workers, companies are more willing to identify the causes in order to prevent and control them. The consequences of labor dispute are intended to be established as psychosocial risks over the employees, as well as over the companies and third parties. For this reason, an approach upon the definition and basic classification has been done, mostly influenced by Psychology; therefore, allowing us to analyze the impact over groups that historically have been found to be discriminated in the workplace. Some recommendations will be given at the end.

Keywords:

Labor conflicts, psychosocial risks, labor risks' impact, labor discriminated groups.

RISCOS LABORAIS PSICOSSOCIAIS. PERSPECTIVA ORGANIZACIONAL, JURÍDICA E SOCIAL

Resumo

Dadas às consequências negativas na produtividade, clima organizacional, saúde e relações interpessoais entre os trabalhadores, às empresas estão cada vez mais interessadas em identificar as causas, para preveni-las e controla-las. Pretende-se estabelecer as consequências dos conflitos laborais, como riscos psicossociais, nos trabalhadores, bem como nas empresas e terceiros, para o qual se faz uma aproximação para as definições e classificações básicas, principalmente influenciadas a partir da psicologia, para depois analisar o impacto sobre os grupos que são historicamente discriminados no trabalho, terminando com algumas recomendações.

Palavras-chave:

Conflitos laborais, riscos psicossociais, impacto dos riscos laborais, grupos discriminados no trabalho

Introducción

Durante las últimas décadas el mundo se ha visto enfrentado a grandes cambios en las dinámicas y prácticas que rigen la vida en sociedad. Nos encontramos en un contexto de globalización y competitividad caracterizado por la presencia de avanzada tecnología y la necesidad de obtener resultados de calidad lo más pronto posible. Los vertiginosos cambios en el mercado del trabajo,

en las condiciones laborales y en las dinámicas empresariales, han provocado “nuevos riesgos” que atentan contra la salud de los trabajadores física, mental y emocionalmente.

Entre los “nuevos factores” tenemos los contratos precarios (alejados de los estables de la época fordista), las nuevas formas de empleo, la inseguridad laboral (o su sentimiento), la intensificación del trabajo, el trabajo emocional y el

conflicto trabajo-familia, como los más importantes según la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo (2012). En medio de este ambiente se desarrollan las relaciones laborales de hoy en día, y siendo el recurso humano el componente más significativo de las organizaciones, parecería que el estudio de estos riesgos es, infortunadamente, secundario.

El análisis de los conflictos laborales y de los riesgos psicosociales es el interés de esta investigación, así como su impacto en los trabajadores de la empresa, en la organización misma y en los terceros, poniendo especial atención en aquellos grupos que históricamente son discriminados laboralmente: mujeres, migrantes, comunidad LGBT, personas con discapacidad, jóvenes y mayores de cincuenta años. Nuestra intención es abordar el tema desde una perspectiva teórica, organizarlo y presentar no solo algunos focos problemáticos sino un inocente primer inicio al estudio de la superación de los mismos desde el punto de vista práctico-organizacional.

Para su desarrollo se utilizó el método cualitativo que permitió examinar los conceptos manejados transversalmente en varias disciplinas (en especial la psicología y la sociología) y el método deductivo para poder exponer nuestras recomendaciones sobre todo desde el enfoque empresarial.

A. Riesgos laborales psicosociales. Definición, factores y clases

Hasta hace algunos años, la preocupación de las empresas por los trabajadores se reducía a cumplir con unos mínimos normativos en materia laboral, tales como el pago oportuno de salarios o cierto número de horas a trabajar por semana y poco a poco esta preocupación fue direccionándose hacia los riesgos físicos y ambientales en el trabajo en general (Moreno, 2011). Este pensamiento viene evolucionando trayendo cambios significativos como

[...] la consideración de una concepción biopsicosocial de la salud y la necesidad de que esta sea promovida en los lugares de

trabajo. Ello ha supuesto una concepción de la prevención de los riesgos y accidentes laborales que incluye los llamados riesgos ergonómicos y psicosociales. Ha llevado también a la consideración de los daños psicosociales como una de las consecuencias de una inadecuada prevención de riesgos (Peiró, 2004, p. 180).

En este entendido, los Estados y las organizaciones orientan sus esfuerzos hacia una comprensión integral de la dimensión humana, con el supuesto que, si el trabajador se encuentra en buenas condiciones de salud física y psicológica, habrá un impacto positivo en la productividad y disminución de costos en materia de atención médica y acompañamiento.

I. Definición

Los riesgos psicosociales laborales “son situaciones laborales que tienen una alta probabilidad de dañar gravemente la salud de los trabajadores, física, social o mentalmente” (Moreno, 2011, p. 7). Estos son riesgos reales, bien sea que se evidencien inmediatamente o a mediano y largo plazo, y son tan determinantes como los riesgos físicos, los accidentes y las enfermedades derivadas del trabajo (Moreno y Garrosa, 2013), que son los riesgos históricamente considerados en el trabajo.

El riesgo psicosocial, que no es un simple conflicto de los que se suelen presentar en cualquier relación, surge en el momento que ciertos factores pueden desencadenar hechos o situaciones con grandes probabilidades de causar efectos negativos en la salud del trabajador, lo cual finalmente tendrá repercusiones también en la organización (Gómez, Hernández y Méndez, 2014).

II. Factores

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) nos acerca a una definición precisa de los factores psicosociales, no sin antes indicar el nivel de dificultad del tema, “los factores psicosociales

en el trabajo son complejos y difíciles de entender, dado que representan el conjunto de las percepciones y experiencias del trabajador y abarcan muchos aspectos” (OIT, 1986, p. 3). También señala:

[...] los factores psicosociales en el trabajo consisten en interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, puede influir en la salud, en el rendimiento y en la satisfacción en el trabajo (OIT, 1986, p. 3).

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible identificar dos componentes determinantes en el desarrollo de los riesgos psicosociales y son: los factores organizacionales y los factores laborales.

1. Factores organizacionales

Comprenden:

- Política y filosofía de la organización: relación trabajo-familia, gestión de los recursos humanos, política de seguridad y salud, responsabilidad social corporativa y estrategia empresarial.
- Cultura de la organización: política de relaciones laborales, información organizacional, comunicación organizacional, justicia organizacional y supervisión/liderazgo.
- Relaciones industriales: clima laboral, representación sindical y convenios colectivos.

2. Factores laborales

Comprenden:

- Condiciones de empleo: tipo de contrato, salario y proyección laboral.
- Diseño del puesto: rotación de puestos y trabajo grupal.
- Calidad en el trabajo: uso de habilidades laborales, demandas laborales, autonomía

y capacidad de control, seguridad física en el trabajo, apoyo social y horas de trabajo (España, 2010).

Dichos factores ejercen influencia en los trabajadores, pues impactan su vida laboral, social y familiar.

III. Clases

La Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo (2012) detectó los riesgos psicosociales más relevantes, ya que son los que mayores efectos negativos crean en la salud del trabajador. Son: el estrés laboral, la violencia en el trabajo, el *mobbing* y el acoso sexual.

Como se considera que los riesgos psicosociales afectan los derechos humanos y fundamentales del trabajador de tal manera que resulta necesario legislar su prevención y sanción, “han sido recogidos en la mayoría de constituciones nacionales actuales, y [...] por lo mismo tienen formas de protección legal, tanto a nivel nacional como internacional” (Moreno, 2011, p. 8). *Grosso modo*, nos permitimos analizar las cuatro clases de riesgos psicosociales laborales:

1. El estrés

Es una respuesta adaptativa del organismo ante una situación de presión o amenaza externa (Peiró y Lira, 2013). Los factores de estrés psicosocial más comunes son los que se registran en la tabla 1.

2. La violencia en el trabajo

Son “aquellos incidentes en donde las personas son abusadas, amenazadas o asaltadas en circunstancias relacionadas con su trabajo, suponiendo un reto, explícito o implícito, para su seguridad, bienestar y salud” (Wynne, Clarkin, Cox y Griffiths, 1997, p. 1, citados en Díaz y Báez, 2013). Son de índole psicológica y también física. Dentro de las conductas identificadas como violentas están: el abuso emocional (comporta-

Tabla 1. Factores de estrés psicosocial

Contenido del trabajo	Falta de variedad en el trabajo, ciclos cortos de trabajo, trabajo fragmentado y sin sentido, bajo uso de habilidades, alta incertidumbre, relación intensa
Sobrecarga y ritmo	Exceso de trabajo, ritmo del trabajo, alta presión temporal, plazos urgentes de finalización
Horarios	Cambio de turnos, cambio nocturno, horarios inflexibles, horario de trabajo imprevisible, jornadas largas o sin tiempo para la interacción
Control	Baja participación en la toma de decisiones, baja capacidad de control sobre la carga de trabajo
Ambiente y equipos	Malas condiciones de trabajo, equipos de trabajo inadecuados, ausencia de mantenimiento de los equipos, falta de espacio personal, escasa luz o excesivo ruido
Cultura organizacional y funciones	Mala comunicación interna, bajos niveles de apoyo, falta de definición de las propias tareas o de acuerdo con los objetivos organizacionales
Relaciones interpersonales	Aislamiento físico o social, escasas relaciones con los jefes, conflictos laborales, falta de apoyo social
Rol en la organización	Ambigüedad de rol, conflicto de rol y responsabilidad sobre personas
Desarrollo de carreras	Incertidumbre o paralización de la carrera profesional, baja o excesiva promoción, pobre remuneración, inseguridad contractual
Relación trabajo-familia	Demandas conflictivas entre el trabajo y la familia, bajo apoyo familiar, problemas duales de carrera
Seguridad contractual	Trabajo precario, trabajo temporal, incertidumbre de futuro laboral, insuficiente remuneración

Fuente: elaboración propia.

mientos hostiles), la incivilidad (conductas rudas e irrespetuosas), el acoso psicológico o *mobbing* y el acoso sexual. Por la contundencia de estos dos últimos tipos de violencia en el trabajo, se estudian de manera paralela en esta sección.

3. El *mobbing*

El acoso psicológico en el trabajo o acoso laboral lo entiende Caamaño Rojas como

[...] un comportamiento antijurídico, pluriofensivo de derechos fundamentales y está conformado por hostigamientos sistemáticos y reiterados de palabra, obra u omisión del empleador o de uno o más trabajadores, o de estos de consuno, contra uno o más trabajadores que atentan contra su dignidad o salud y afectan sus condiciones u oportunidades de empleo u ocupación (2011, p. 218).

La finalidad de este fenómeno puede ser de distinta naturaleza, como obtener la renuncia forzada del acosado, buscar una situación propicia para lograr su posterior despido o conseguir la abstención de la defensa jurídica de sus derechos (Gamonal y Prado, 2006), o simplemente como diría Iñaki Piñuel y Zabala “eliminarl[o] de la organización” (2001, p. 188).

4. El acoso sexual

Puede entenderse como “la conducta indeseada de carácter sexual presentada en el trabajo que es evaluada por el receptor como ofensiva, que excede sus recursos o que amenaza su bienestar” (Fitzgerald, Swan y Magley, 1997, p. 15). Igualmente, la directiva 2002/73 de la Comunidad Europea sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres lo define como

[...] toda situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2002).

El acoso sexual es, como veremos, un problema que afecta principalmente a las mujeres.

B. Los conflictos laborales como riesgos psicosociales

Consideramos que los conflictos laborales son la base de los riesgos psicosociales, toda vez que

[...] son una tensión o choque generado en el marco del ambiente de trabajo, y que nos atrevemos a indicar que siempre se suscitará porque como en cualquier campo interpersonal se estará expuesto a tensiones, luchas, ideas e intereses distintos. Mal manejados desencadenarán una serie de estrés laboral, u otros problemas, con la potencialidad de causar un daño psicológico, físico o social en los trabajadores (Gil-Monte, 2009).

En efecto, cada individuo está formado por unos valores, intereses, metas, pensamientos y vivencias diferentes, y al momento de interactuar con otras personas se ve enfrentado a lidiar con posturas contrarias a la suya, es aquí cuando surgen las confrontaciones, haciendo del conflicto un fenómeno inherente al ser humano. Lo anterior se aplica en los distintos ámbitos de la vida en sociedad, especialmente en el ambiente laboral, pues los trabajadores deben convivir día a día en situaciones de estrés cumpliendo las funciones encomendadas por los empleadores.

El conflicto laboral no es malo *per se*, pues puede conducir a la construcción de un grupo de trabajo más unido, incluyente y respetuoso; el problema surge cuando los conflictos no se abordan de forma adecuada y se tornan tóxicos,

llevando incluso a la violencia laboral. Es decir, que un conflicto laboral mal manejado aumenta el riesgo para los trabajadores de sufrir algún perjuicio en su salud, y por ello la labor de prevención se vuelve indispensable para evitar situaciones indeseadas.

El conflicto puede presentarse de dos formas (Ortiz, 2009). Una, conflicto laboral horizontal, entendido como la tensión entre trabajadores con un mismo cargo; sectores o grupos de trabajo al interior de la organización; nacionalidades o etnias; trabajadores nacionales e inmigrantes; trabajadores calificados y rasos; trabajadores sindicalizados y no sindicalizados; trabajadores fijos y temporales, entre otros. En concreto, conflictos generados dentro de las relaciones de trabajo sin que se halle presente el elemento de la subordinación, con causas atribuibles a factores como las condiciones de trabajo, cultura y clima organizacional. Dos, conflicto vertical, el cual se presenta entre empleador y trabajador o entre gerencia y trabajadores.

Una vez presentado el conflicto o tensión, su positiva resolución tiene distintos impactos dependiendo de si estamos ante un conflicto vertical u horizontal. Así, creemos que cuando se resuelve el conflicto horizontal, hay construcción de mejores condiciones en el espacio laboral compartido; mientras que, al resolver el conflicto vertical, se logra una apreciación y valoración del otro como alguien con diferente rol, pero en iguales condiciones de derechos, dignidad y oportunidades.

C. Impacto de los riesgos laborales psicosociales en trabajadores, empresas y terceros

Los riesgos psicosociales son uno de los riesgos laborales más grandes a los que se enfrentan un trabajador, pues pueden involucrar a otros individuos, y sus causas y efectos pueden ser múltiples. Dentro de las consecuencias más importantes de los riesgos laborales de tipo psicosocial se tienen (España, 2010):

I. Para el trabajador

- Físicas (European Agency for Safety and Health at Work, 2000): estrés, hipertensión arterial, alteraciones metabólicas, consumo de sustancias psicoactivas como el alcohol, desórdenes músculo-esqueléticos, trastornos cardiovasculares, ansiedad e irritabilidad.
- Psicológicas: enfermedades mentales, desórdenes afectivos, depresión, baja autoestima y desmotivación.
- Conflicto trabajo-familia: grandes cargas laborales que no facilitan cumplir con las responsabilidades familiares, bajos niveles de compromiso con la organización, ansiedad, consecuencias psicológicas y hostilidades en casa.
- Violencia laboral y/o acoso laboral: un conflicto laboral mal llevado puede derivar en violencia laboral o incluso en prácticas de acoso laboral.

II. Para la empresa/empleador

Los riesgos psicosociales son riesgos para las empresas y organizaciones, pues repercuten sobre sus niveles de funcionalidad, productividad, eficacia y eficiencia. Los riesgos psicosociales, como el conjunto de riesgos para la salud en el trabajo, no son ajenos a la línea de negocio de la organización (España, 2010, p. 76).

Sino que la afectan internamente, disminuyendo sus posibilidades de ganancias. Lo anterior comporta que haya organizaciones disfuncionales impidiendo tener la productividad deseada.

Los principales riesgos que corren las empresas se manifiestan en aspectos tangibles como ausencia de compromiso laboral, insatisfacción, baja productividad, mal clima organizacional, mayor rotación de trabajadores y aumento de costos. Son los siguientes:

- Absentismo: el trabajador no se presenta a trabajar (Flores-Sandí, 2006). Las bajas

laborales por enfermedad representan grandes costos que deben asumir las empresas. Licencias remuneradas, remplazos temporales o desaceleración de la producción son muestras de que no se puede hablar de salud como un problema exclusivo de los empleados, pues tienen repercusiones directas en la organización.

- Presentismo: a diferencia del ausentismo, el trabajador se presenta a trabajar, pero en razón de su condición médica, no es productivo. El costo del presentismo es oculto, porque el trabajador está en el trabajo aunque no está cumpliendo eficazmente. Dicha falta de productividad, con todos sus inconvenientes y conflictos, la asume la organización y el propio afectado (Flores-Sandí, 2006).
- Intenciones de abandono: la falta de motivación unida a la insatisfacción en el puesto de trabajo lleva a que los trabajadores busquen nuevas oportunidades de empleo en otras organizaciones. La empresa termina afectada, pues pierde la posibilidad de contar con grandes talentos a consecuencia de un mal manejo de los conflictos, lo cual incrementa la rotación del personal, aumentando costos al tener que estar realizando continuamente búsquedas de talentos, inducciones, capacitaciones y tiempos de adaptación a la empresa.

III. Para terceros

Los accidentes y daños son el mayor impacto observado. Sobre todo, se reconoce en las empresas que ofrecen servicios, puesto que en sectores como el de la salud, por ejemplo, se puede afectar la calidad en el cuidado de los pacientes (España, 2010). Los riesgos psicosociales y en especial los conflictos laborales trascienden la empresa y pueden repercutir en el interés más grande que tiene esta: sus clientes.

Tal como se pudo apreciar, los conflictos y los factores de riesgo psicosocial “perjudican las relaciones que mantiene el trabajador en una organización, incurriendo sobre las características

del clima organizacional” (Abello y Lozano, 2013). Veamos brevemente esas relaciones.

D. Clima organizacional y riesgos psicosociales

¿Por qué hablar de clima organizacional? Es una pregunta de gran relevancia que permite analizar y estudiar el impacto de los riesgos psicosociales. El clima organizacional o clima laboral “hace referencia al conjunto de condiciones existentes en la organización que tienen impacto sobre el comportamiento individual” (Paris-Marcano, 2014, p. 41). Como se puede deducir, es una expresión que abarca numerosos factores que pueden ser internos y/o externos; involucra a la organización y sus esfuerzos por brindar un ambiente óptimo de trabajo, pero también las interacciones entre los trabajadores, sus percepciones y su bienestar.

Por esto, autores como Neuman y Barón (1998) indican que el clima organizacional es una variable trascendental a la hora de analizar los efectos de la estructura organizacional en los comportamientos de los individuos de la empresa, ya que finalmente sí hay una influencia entre el ambiente en el que se trabaja y las conductas de las personas.

Es responsabilidad de la empresa brindar todas las herramientas, infraestructura, directrices y políticas que permitan desarrollar a cabalidad las funciones encomendadas; en otras palabras, la organización debe generar un ambiente de trabajo propicio para su personal. A su vez, los trabajadores, como seres humanos que se relacionan e interactúan en dichos espacios y en condiciones de subordinación, tienen el compromiso de dar lo mejor de sí para cumplir con las funciones encargadas y de armonizar y adaptarse a la empresa relacionándose con sus compañeros de trabajo de tal forma que se genere un ambiente de tolerancia y respeto mutuo a pesar de las diferencias. Cuando ambos componentes van de la mano, se aumenta la satisfacción laboral, incrementando la motivación de los trabajadores (por consiguiente, su

rendimiento y productividad) y se controlan los riesgos psicosociales.

E. Riesgos psicosociales y grupos laboralmente discriminados

Desde 1944 con la Declaración de Filadelfia (OIT, 2015), pasando por tratados internacionales, recomendaciones e informes, se busca alcanzar la igualdad en materia laboral, pero no es una labor fácil, especialmente para aquellos grupos que, debido a prejuicios en la sociedad o por diferencias culturales, físicas e ideológicas, son discriminados. Analizaremos el impacto de los riesgos psicosociales en estos grupos y daremos algunas ideas, sobre todo para los empresarios con respecto a su inclusión y al trato igualitario.

1. Por motivos de género: las mujeres

La OIT nos informa que en una cultura predominantemente masculina,

[...] las mujeres que sobresalen, sufren estigma y discriminación, esto no tiene que ver con su capacidad de liderazgo o competencia sino con la cultura sexista y machista a la que son sometidas en los procesos educativos, ya sea en la escuela, en la familia, en la iglesia o en el trabajo (OIT, 2015).

Las mujeres siguen considerándose el sexo débil a pesar de que actualmente cuentan con igual o mejor formación profesional que los hombres, pero un ambiente machista hace que sean vulnerables y discriminadas en el desempeño de sus funciones, lo que se evidencia en aspectos como menor remuneración, menores beneficios o peores condiciones laborales. Lo anterior, genera frustraciones y situaciones de conflicto en las mujeres al percibir que pese a que cuentan con los mismos méritos, se les da un trato desigual.

Uno de los riesgos psicosociales más evidentes en este grupo de trabajadores es el acoso sexual, sobre todo cuando se trabaja con un número elevado de varones o en contextos masculinizados (McDonald, 2012). En estos ambientes

es usual también que se presente el “sexismo” que son aquellas conductas que desvalorizan a las mujeres como chistes sexuales, exhibición de imágenes pornográficas, etc. (Pernas, Olza, Roman y Ligerio, 2000), lo cual además crea un ambiente hostil que puede degenerar aún más en conflictos laborales, estrés y violencia. Las estadísticas informan que el acoso sexual es en extremo mayor en las mujeres que en los hombres (Rubio de Medina, 2011), siendo especialmente vulnerables a este flagelo las más jóvenes, las económicamente dependientes, las solteras o divorciadas y las migrantes (OIT, 2011).

Por otra parte, uno de los mayores problemas actuales de este grupo, derivado de los factores de tipo psicosocial es el estrés.

Son diversas las investigaciones que han definido, que mientras mayor sea la cantidad de roles que la persona debe desempeñar, mayor será la probabilidad de que sufra estrés, por lo cual afectaría en mayor número a las mujeres, debido a la sobrecarga de roles (Gómez *et al.*, 2014, p.10).

Ellas con frecuencia se encuentran mayormente afectadas por diversos conflictos laborales, derivados de la difícil situación de no poder conciliar su vida laboral y familiar. Precisamente, la sociedad machista que aún hoy en día considera a la mujer pilar de la casa y de la crianza (pero que no cuenta con políticas sociales y laborales que permitan esa interacción), traerá consecuencias negativas para la salud física y psicológica de las trabajadoras como conflictos y estrés en el trabajo.

II. Por motivos raciales

Este grupo discriminado comprende (OIT, 2007): los trabajadores de un color de piel diferente a la blanca (principalmente personas de raza negra), las minorías étnicas, los pueblos indígenas y los trabajadores migrantes.

Dichos grupos se ven perjudicados por “siglos de tratamiento desigual en todas las esferas de la vida,

sumados a persistentes y profundas desigualdades por motivos étnicos y socioeconómicos” (OIT, 2007). La OIT nos indica que “en general, hay una imagen de inferioridad o percepción de desagrado hacia estos grupos” (2007). Los migrantes, especialmente, se perciben como una amenaza a la estabilidad laboral de sus compañeros. En efecto, una de las acusaciones más frecuentes y generalizadas es que los trabajadores migrantes desequilibran la estabilidad laboral de los nacionales, “ya que aceptan empleos a cambio de salarios inferiores, y dan lugar a la desintegración de las prestaciones y de las condiciones laborales en el país de acogida” (OIT, 2011).

Muchas veces los migrantes no son vinculados laboralmente como lo serían los nacionales. La inmigración suele aceptar menores condiciones laborales “considerándola un valor primario, fuente necesaria de ingresos para la subsistencia personal y para la remesa de apoyo económico familiar. Este contexto favorece las prácticas abusivas” (Moreno y Rodríguez, 2013, p. 61).

III. Por pertenecer a grupos LGBT

Las personas que conforman estos grupos se enfrentan a discriminaciones directas e indirectas por su condición. La OIT al respecto manifiesta que su realidad es muy problemática y que muchas veces

[...] esa opresión es introyectada y la propia persona pasa a tener dificultades para aceptarse y respetarse a sí misma. Esta expresión de la diversidad humana cercenada hace la vida más difícil y el ambiente organizacional más pobre, menos productivo y con una homogeneidad artificial apoyada en una represión que termina por perjudicar a todos (OIT, 2015).

A parte de la discriminación laboral, consideramos que este grupo podría sufrir de estrés y *mobbing*. Aquí es muy importante tener en cuenta los conflictos laborales que los tienen como protagonistas y solucionarlos a tiempo, so pena de que se conviertan vertiginosamente

en cualesquiera de los riesgos psicosociales mencionados.

IV. Por discapacidad

Las tasas habituales de desempleo en este grupo de personas suelen ser más altas que las de la población en general “al margen de las posibles tareas y del nivel de discapacidad, sin duda alguna por el estigma social asociado a sus limitaciones” (Moreno y Rodríguez, 2013, p. 60).

En efecto, hay prejuicios que generan graves estigmas al momento de tratar laboralmente a las personas con discapacidad, pues “existe el mito de presentarlos como dependientes o en estado de lástima” (Castro, 2001, p.16), sin embargo, como nos lo indican las investigaciones “lo correcto es visualizarlos sin exagerar sus incapacidades, con el objeto de que gocen de un sistema real de oportunidades y de trato” (Castro, 2001, p.16).

La discriminación laboral es un riesgo latente en este grupo de personas. En particular porque generalmente la organización debe adaptarse a sus capacidades y necesidades, en vez del normal comportamiento derivado de la adaptación del trabajador a la empresa.

“Dada su heterogeneidad, las discapacidades afectan de distinta forma la capacidad de sus víctimas para trabajar, y estas necesitan diversos tipos de medidas de adaptación, lo cual origina, a su vez, otras clases de discriminación” (OIT, 2015). Es responsabilidad de los empleadores dar las herramientas necesarias para que el proceso de adaptación sea lo menos engorroso posible. La discriminación en el ambiente laboral para estos trabajadores implica que

[...] se les suelen asignar las tareas que son mal remuneradas, que no requieren cualificaciones y son de baja categoría. Estas personas pertenecen al grupo de trabajadores caracterizados como “los últimos en ser contratados, pero los primeros en ser despedidos”, que son más vulnerables a los efectos de la recesión (OIT, 2015).

La contratación es precaria ya que, a manera de ejemplo, según informes europeos del 2010, el 25,95 % de las personas discapacitadas contaba con un contrato a término indefinido, mientras que el 74,05 % con contratos temporales (Moreno y Rodríguez, 2013).

Por las características de los puestos que ocupan y las concepciones de que no son tan productivos, es que en tiempos de recesión las empresas no los toman como indispensables para el desarrollo organizacional. Ello perjudica la imagen organizacional externa, pues estas no son vistas como organizaciones incluyentes y socialmente responsables.

Desde otro enfoque, en cambio, este grupo de trabajadores presenta otro problema para ellos y para su vinculación laboral por la situación de vulnerabilidad que se identifica y que quiere superarse. Es el caso de las políticas estatales que se acogen buscando la inclusión y el trabajo decente para ellos, pero que a la larga producen el efecto contrario. Como ejemplo podemos citar el denominado “fuero de discapacidad” por el cual tal trabajador no podrá ser despedido sin justa causa y en todo caso con autorización del órgano laboral competente. Estos límites empresariales, aunque con base en una política de inclusión, han aumentado hoy en día, a nuestro juicio, la discriminación de las personas en condición de discapacidad.

V. Por motivos de edad

Los mayores de cincuenta años, a pesar de ser la generación con mayor experiencia, son considerados lentos o casi inservibles. La modernización empresarial (OIT, 2015) necesita constantemente y de una manera inmediata una flexibilidad laboral en cargos, sedes y horarios que no son usuales en la generación de hace algunos años, acostumbrada a tener claramente identificado sus labores, sus jefes, su puesto de trabajo, etc., y a la cual los cambios le producen miedo, estrés y muchas veces simplemente estas personas son incapaces física, mental y aptitudinalmente de seguir. Por ello

[...] es necesario reconocer que los propios trabajadores de edad avanzada tienen necesidades diferentes. Al ofrecerles diversas opciones respecto al modo de ordenar su tiempo de trabajo, los empleadores se benefician tanto de mantener la experiencia y las cualificaciones de estos empleados, como de la transmisión de su conocimiento de la organización a los trabajadores más jóvenes (OIT, 2015).

Este grupo de trabajadores está expuesto, en nuestro concepto, a todos los riesgos psicosociales. En el otro extremo se encuentran los muy jóvenes, quienes también por razones de su edad sufren estos riesgos, ya que con la crisis económica y en el empleo, la menor seguridad contractual y la poca autonomía laboral, “son especialmente vulnerables a incidentes relacionados con el acoso laboral y sexual [...] y a la violencia en sus diferentes formas” (Moreno y Rodríguez, 2013, p. 60).

VI. Discriminación múltiple: acumulación de factores

Hace referencia a aquellos casos en los que se juntan distintos factores en una sola persona, lo cual potencia la posibilidad de ser discriminada en su ambiente laboral o de ser acosada moralmente (Hirigoyen, 1999). Y este tipo de ataques múltiples se reconoce por ejemplo en “las mujeres con discapacidades que sufren mayor tasa de violencia y abusos sexuales” (OIT, 2003). Recientemente, la misma OIT afirmó:

La intensidad o la gravedad de las desventajas que afrontan dependen del número de características personales que suscitan discriminación y de la manera en que estas actúan entre sí. Por ejemplo: ser mujer, anciana, discapacitada y negra, en cuyo caso puede ser objeto de formas de discriminación sumamente complejas (2015).

Al ser sujetos doble o triplemente vulnerables, se convierten en individuos de especial cuidado por parte de las empresas, o al menos, ese debería ser el objetivo.

F. Recomendaciones a los empresarios

Es importante tener en cuenta que el derecho al trabajo no alude solo al acceso al empleo y a su estabilidad,

[...] se trata también del derecho a un ambiente inclusivo donde todos, sin encontrar barreras o impedimentos a su carrera, puedan desarrollar plenamente su potencial, recibir un trato respetuoso y equitativo y disfrutar de libertad para poder expresarse sin para ello tener que sufrir opresión o violencia (OIT, 2015).

Sin duda alguna, los empleadores pueden incidir positivamente en la disminución de los riesgos psicosociales a los que se ven enfrentados los grupos laboralmente discriminados. Promover un ambiente laboral sin discriminación, inclusivo y respetuoso “genera mayor productividad, disminuye el absentismo y la exposición a riesgos, mejora la calidad de los servicios y las relaciones con los diferentes públicos” (OIT, 2015). El ambiente laboral debe incentivar las oportunidades de desarrollo individual y profesional de los trabajadores, de todos sin excepción, y de hacerlos sentir parte de la empresa.

Queremos aclarar que nuestra visión no es la de fomentar una *discriminación invertida*, en donde todo se les deba a aquellos grupos discriminados con base en la creencia de que por su vulnerabilidad *per se*, deban tener un trato preferencial. Lo que recomendamos es que se dé igual oportunidad e igual trato a todos, con políticas dirigidas dentro de la colectividad.

Al promover un clima organizacional adecuado, se genera un doble beneficio, pues se construye una sociedad más tolerante y respetuosa donde se garantiza la salud de los trabajadores, pero también las empresas obtienen beneficios propios. Las organizaciones respetuosas e inclusivas, que valoran la diversidad, “son potencialmente más creativas, calificadas, innovadoras y capacitadas para tratar con un mundo también diverso, en rápido y profundo proceso de cambio” (OIT, 2003).

Hacemos un llamado frente a la necesidad de identificar valores clave en la cultura organizacional para promoverlos de manera transversal en todas las actividades y grupos de influencia que tenga la organización, tales como relación con los proveedores, buenas prácticas, atención al cliente e interacción entre los trabajadores.

Los riesgos psicosociales deben evaluarse, cuantificarse y una vez identificados, crear unas oportunas acciones de mejora, un establecimiento de protocolo antirriesgos y una adecuada prevención. Lo primero que debe existir es una seria voluntad organizacional de activarse frente a estos trastornos por el bien propio y el de sus trabajadores. Detectar el patrón negativo de la empresa es el primer paso para realizar un procedimiento idóneo, por ello es importante estar atento a las quejas, al abstencionismo, al *turn over*, a la baja en la productividad, a las denuncias por acoso laboral, a otros hostigamientos, entre otros.

Consideramos primordial que tales identificaciones se clasifiquen también desde el punto de vista subjetivo, valorando individualmente la percepción del talento humano. De este modo los grupos históricamente discriminados laboralmente podrían tener un enfoque propio, que haga más inclusivo los protocolos antirriesgos, que los tenga más en cuenta y que facilite escuchar las opiniones de ellos y de todos los grupos socialmente implicados. Así, la estrategia de prevención y de intervención podría ser más efectiva, pues está influenciada por la realidad de la empresa que no es igual a las otras empresas, y que necesita soluciones a su medida.

Repetimos que no se trata de tener un trato preferencial y diferencial con estos grupos, sino de crear unas estrategias *ad hoc* para ellos, pues como indicamos aquí, estas personas no solo pueden ser víctimas de los riesgos psicosociales y de los conflictos laborales que cualquier trabajador puede sufrir en una empresa, sino de otros adicionales y propios, pues el impacto en ellos es mayor.

Como instrumento adicional consideramos trascendental la inspección y el acompañamiento

tanto del Estado como de las administradoras de riesgos laborales, con campañas de información y de prevención.

Conclusiones

Inconscientemente las empresas pueden propiciar o influir en la generación de un mal clima organizacional. Aspectos como la precarización laboral, infraestructura inadecuada, líderes autoritarios o políticas internas, pueden desencadenar conflictos entre los mismos trabajadores o la afectación en su salud. Paradójicamente son las organizaciones las que resultan perjudicadas si no se toman el trabajo de invertir los recursos necesarios en su protección, de tal forma que después no se lamenten por los altos costos a los que se exponen.

Las empresas deben activar protocolos y realizar procedimientos para identificar sus conflictos, sus riesgos propios y aprender a tratarlos. Invitamos a las organizaciones a que dentro de sus estrategias antirriesgos dediquen un capítulo especial a la prevención y sanción de aquellas conductas discriminatorias, de acoso laboral y de conflictos en general frente a su nómina, pero también frente a aquellos grupos que se encuentran precisamente en un mayor riesgo como las mujeres, los migrantes, las personas con discapacidad, los pertenecientes a la comunidad LGBT y los mayores de cincuenta años, pues las empresas deben comprometerse en la promoción del respeto y la igualdad entre sus trabajadores. Para ello, es recomendable que, desde sus cimientos, se incluyan valores en pro de la inclusión, por ejemplo, ampliando la perspectiva en su misión, visión, reglamento interno y valores institucionales.

Creemos que con motivar a los trabajadores para que haya un adecuado clima organizacional, se puede lograr que cada uno se desenvuelva de acuerdo con sus características, pensamientos y cultura personal. De igual manera es importante promover valores, igualdad y respeto hacia las diferencias. No consideramos que sea una tarea fácil, pero sí creemos que debe existir un inicio

serio desde cada empresa, posiblemente de la mano de las administradoras de riesgos en el trabajo y del Estado. Esperamos que futuras investigaciones centren su interés en lo práctico de los procedimientos de protocolos antirriesgos o en hipótesis de prevención real de los mismos.

Referencias

- Abello, Á. J. & Lozano, D. M. (2013). Importancia de los factores de riesgo psicosocial y clima organizacional en el ámbito laboral. Disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4693/20888400-2013.pdf?sequence=1>
- Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo. (2014). Riesgos psicosociales en Europa: prevalencia y estrategias de prevención. Disponible en: doi:10.2802/29383
- Caamaño, E. A. (2005). *El derecho a la no discriminación en el empleo*. Santiago de Chile: LexisNexis.
- Castro, J. (2001). Discriminación en las relaciones laborales. Disponible en: http://www.inspecciondeltrabajo.cl/1601/articulos-65173_recurso_1.pdf
- Díaz, L. & Báez, C. (2013). *Salud laboral*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- España. (2010). *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración de España, Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/PUBLICACIONES%20PROFESIONALES/factores%20riesgos%20psico.pdf>
- European Agency for Safety & Health at Work. (2000). *Research on work-related stress*. Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Communities.
- Fitzgerald, L., Swan, S. & Magley, V. (1997). *But was it really sexual harassment? Legal, behavioral and psychological definitions of the workplace victimization of women*. Needham: Heights.
- Flores-Sandí, G. (2006). "Presentismo": potencialidad en accidentes de salud. *Acta Médica Costarricense*, 48(1).
- Gamonal, S. & Prado, P. (2006). *El mobbing o acoso moral laboral*. Santiago de Chile: LexisNexis.
- Gil-Monte, P. (2009). Algunas razones para considerar los riesgos psicosociales en el trabajo y sus consecuencias en la salud pública. *Revista Española de Salud Pública*, pp. 169-173.
- Gómez, P., Hernández, J. & Méndez, M. D. (2014). Factores de riesgo psicosocial y satisfacción laboral en una empresa chilena del área de la minería. *Ciencia & Trabajo*, 16(49), pp. 9-16. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-24492014000100003>
- Hirigoyen, M. F. (1999). *El acoso moral, el maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Barcelona: Paidós.
- McDonald, P. (2012). Workplace sexual harassment 30 years on: a review of the literature. *International Journal of Management Reviews*, 14, pp. 1-17. Disponible en: doi:10.1111/j.1468-2370.2011.00300.x
- Moreno, B. (2011). Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales. *Revista Med Segur Trab*, 57, suplemento 1, pp. 1-262.
- Moreno, B. & Garrosa, E. (2013). Salud laboral. En: *Salud laboral, riesgos laborales, psicosociales y bienestar laboral*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Moreno, B. & Rodríguez, R. (2013). Sociología de la salud laboral. En: *Salud laboral, riesgos laborales, psicosociales y bienestar laboral*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Neuman, J. & Barón, R. (1998). Workplace violence and workplace aggression: evidence concerning specific forms, potential causes,

- and preferred targets. *Journal of Management*, 24(3), pp. 391-419. Disponible en: doi:10.1177/014920639802400305
- Organización Internacional del Trabajo. (1986). *Factores psicosociales en el trabajo: reconocimiento y control*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo. (2003). *El derecho al trabajo decente en las personas con discapacidades*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo. (2003). La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/-publ/documents/publication/wcms_publ_9223128714_sp.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2007). La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/-webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2011). *Revista Trabajo*, 72. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_165642.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2015). OIT. Disponible en: <http://civilisac.org/civilisweb/wp-content/uploads/Declaraci%C3%B3n-de-Filadelfia-1944-OIT-1.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (2015). Promoción de los derechos humanos de personas LGBT en el mundo del trabajo. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_425065.pdf
- Ortiz, I. D. (2009). *Conflicto y resolución en el mundo laboral*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Paris-Marciano, M. (2014). Factores antecedentes no individuales que inciden en el acoso psicológico en el trabajo: el caso del acoso laboral institucionalizado. Juncos, Puerto Rico: Tesis doctoral Universidad del Turabo. Disponible en: http://ut.suagm.edu/sites/default/files/uploads/Centro-Estudios-Doctorales/Tesis_Doctorales/2014/MParis.pdf
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2002). *Directiva 2002/73 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*. Bruselas: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
- Peiró, J. M. (2004). El sistema de trabajo y sus implicaciones para la prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo. *Actualiza Revista*, 3(2), pp. 179-186.
- Peiró, J. M. & Lira, E. (2013). *Estrés laboral: nuevas y viejas fórmulas en salud laboral*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Pernas, B., Olza, J., Roman, M. & Ligerio, J. (2000). *El alcance del acoso sexual en el trabajo en España*. Madrid: Secretaría Confederal de la Mujer.
- Piñuel y Zabala, I. (2001). *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Santander: Sal Terrae.
- Rubio de Medina, M. (2011). *Los conceptos de acoso laboral (mobbing), acoso sexual y acoso por razón de sexo y su relación con la igualdad de oportunidades*. Madrid: Tecnos.
- Wynne, R., Clarkin, N., Cox, T. & Griffiths, A. (1997). *Guidance on the prevention of violence at work*. Luxemburgo: European Commission.

ÍNDICE DE AUTORES

Autor	Pág.
B	
Blanco Blanco Jacqueline	77
C	
Camacho Ramírez Adriana	159
Carvajal Martínez Jorge Enrique	63
Castro Silva Susi	127
Cadet Odimba Jean	145
G	
Gómez García Carlos Fernando	97
Guerrero Pino Samir Hendrix	27
Guzmán Rincón Andrés Mauricio	63
H	
Hinestroza Cuesta Lisneider	27
J	
Jiménez William Guillermo	43
L	
López Daza Germán Alfonso	97
M	
Mayorga Daniela Rocío	159
Meneses Quintana Orlando	43
R	
Ruiz Miguel Carlos	113
S	
Sandoval Mesa Jaime Alberto	11
T	
Torres P. Katherin	97

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Los artículos a presentar para su publicación en la Revista Prolegómenos Derechos y Valores deberán cumplir los siguientes criterios:

1. Solo se publicarán trabajos originales e inéditos resultados de procesos de investigación.
2. El idioma oficial de la revista es el español. Se reciben también artículos en inglés y portugués.
3. Los artículos presentados que cumplan los requisitos exigidos y sean valorados por el comité editorial y científico, se someterán a un proceso de evaluación a través de arbitraje. Los árbitros nombrados son externos y se utiliza el sistema de “doble ciego” para garantizar el anonimato.
4. Los artículos evaluados se regresarán a los autores para la realización de las correcciones pertinentes y en caso negativo, se devolverán al autor con los comentarios requeridos.
5. Una vez que se acepte un trabajo, los autores deberán ceder el derecho de autor al Centro de Investigaciones Políticas, Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

El contenido y perfil de los artículos deberán adecuarse a una sola de las siguientes categorías:

Artículo de investigación e innovación:

Documento que presenta la producción original e inédita, publicada en una revista de contenido científico, tecnológico o académico, resultado de procesos de investigación, reflexión o revisión, que haya sido objeto de evaluación por pares. En ningún caso se aceptará como artículo de investigación e innovación contribuciones como publicaciones no derivadas de investigación, resúmenes, comunicaciones a congresos, cartas al editor, reseñas de libros, bibliografías, boletines institucionales, notas editoriales, necrologías, noticias o traducciones de artículos ya publicados en otro medio, columnas de opinión o coyuntura, y similares (esto aplica aun en los casos en que se documente que los mencionados tipos de contribución han sido objeto de evaluación por pares).

A su vez, un artículo de investigación puede clasificarse en:

- **Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura que en general se utiliza contiene cuatro secciones importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- **Artículo de reflexión.** Texto que expone resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Se trata de un estudio crítico con resultados y aportes.
- **Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos cincuenta referencias.

El artículo postulado deberá tener en cuenta los siguientes aspectos formales:

1. Título, cuya extensión máxima es de veinte palabras. En pie de página debe enunciarse el proyecto de investigación terminado al que pertenece el producto, la institución universitaria y, en caso de que aplique, el grupo de investigación al que corresponde el artículo postulado. Además, se debe decir si corresponde a un artículo de investigación, reflexión o de revisión, según las tipologías de Colciencias.
2. Autor(es). En pie de página se debe hacer una breve descripción de sus estudios, vinculación institucional y correo electrónico.

3. Resumen en el idioma en que está escrito el artículo, que no debe superar las 150 palabras. Debe contener los objetivos principales de la investigación, alcance, metodología empleada y principales resultados y conclusiones. Debe ser claro, coherente y sucinto, para lo cual se sugiere revisar y verificar datos, sintaxis, ortografía, no caer en erratas y no incluir referencias bibliográficas.
4. Palabras clave. Máximo seis.
5. Título, resumen y palabras clave en segundo idioma. Siempre serán en inglés excepto, cuando el artículo sea escrito en este idioma, para lo cual la segunda lengua que se manejará es el español.
6. Introducción. Debe identificarse claramente el problema de investigación, los objetivos, la metodología y una aproximación al tema. Máximo mil palabras.
7. Conclusión (es).
8. Cuando se utilicen gráficos o tablas, deben ir numerados, con su título correspondiente y la fuente (cita o elaboración propia).
9. Los artículos deberán tener una extensión máxima de treinta páginas, de acuerdo con las siguientes especificaciones: Arial 12 puntos, interlineado 1,5, tamaño carta y márgenes de 3 cm en todos los lados.
10. Citas y referencias bibliográficas conforme con las normas APA (sexta edición).

A continuación se explican algunos ejemplos sobre las normas APA:

Las normas APA realizan la citación dentro del cuerpo del texto y no en pie de página. La bibliografía se denomina referencias y se ubica al final del documento. Las citas textuales que tienen menos de 40 palabras se dejan entre comillas (“”) y dentro del cuerpo del texto. Las citas textuales que tienen más de 40 palabras se colocan fuera del texto y con sangría. En ambos casos no se usa la cursiva y debe agregarse al final de cada cita el apellido del autor, el año de publicación y la página:

Ejemplo: “El notario realiza una función pública y su actuación la regula la legislación correspondiente a cada Estado” (Barba, 2014, p. 5).

Si la cita es indirecta (paráfrasis de la cita original) no se colocan comillas, pero sí el autor y el año al que se hace referencia.

Ejemplo: Para Witker (2011) los servicios son los nuevos objetos del comercio internacional.

REGLAS SEGÚN NÚMERO DE AUTORES

Uno o dos autores

Ejemplo de cita en texto: (Cotino, 2000) o (Márquez y Galindo, 2010).

Ejemplo de referencia: Cotino, L. (2012). El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Entre tres y cinco autores

Ejemplo de cita en texto: (Liñán, López y Mangas, 2012).

Cuando son tres, cuatro o cinco autores en la primera cita se colocan todos y en las siguientes se escribe solo el apellido del primer autor seguido de la abreviatura et al. Con el ejemplo anterior las subsiguientes citas serían: (Liñán et al., 2012).

Ejemplo de referencia: Liñán, J., López, D. & Mangas, A. (2012). Instituciones y derechos de la Unión Europea. Madrid: Tecnos.

Seis o más autores

Desde la primera cita se coloca solo el apellido del primer autor y se sigue con la abreviatura et al.

Ejemplo de cita en texto: (Procacci et al., 1976).

Ejemplo de referencia: Procacci, G., Muñoz, T., Pérez, A., Vallejo, M., Giraldo, H., Novoa, T. & Jiménez, H. (1976). El gran debate. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

Autores corporativos

Ejemplo de cita en texto: (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003).

Ejemplo de referencia: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2003). Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Volumen IV. Bogotá: HCHR.

REFERENCIAS

Las referencias son un listado con la información detallada de las fuentes que se citaron en el documento. Todos los autores que aparezcan en el texto deben estar en la lista de referencias y viceversa.

Libros

Apellido(s) autor(es), Inicial Nombre. (Año). Título. Ciudad de publicación: editorial.

Ejemplo:

Sabine, G. (1998). Historia de la teoría política. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Capítulos o partes de libro

Apellido(s) autor(es), Inicial Nombre de los autores del capítulo. (Año publicación). Título del capítulo. En: Apellido, Inicial Nombre compiladores (eds.). Título del libro. (Paginación del capítulo). Ciudad de publicación: editorial.

Ejemplo:

López, M. & Cárdenas, A. C. (2010). El sistema monetario internacional. En: Hinojosa, L. M. & Roldán, J. (eds.). Derecho internacional económico. (pp. 273-295). Madrid: Marcial Pons.

Artículo de revista académica (journal)

Apellido, Inicial Nombre. (Año). Título del artículo. Título de la publicación periódica, volumen(número), paginación.

Ejemplo:

Soto, F. (2013). El referéndum en Latinoamérica: un análisis desde el derecho comparado. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 136(4), pp. 317-346.

Artículo de diario

Apellido, Inicial Nombre. (día, mes y año). Título del artículo. Título del Diario, página.

Ejemplo:

Galindo, F. (23 de enero de 2013). Reforma radical al sistema de salud. El Tiempo, p. 8.

Documento presentado en congreso, conferencia o reunión

Apellido, Inicial Nombre. (Año). Título del documento presentado al congreso o conferencia. Nombre del congreso o conferencia. Fecha y ciudad donde se celebró el congreso o conferencia.

Ejemplo:

Restrepo, D. I. (2003). El futuro de la descentralización: experiencias de quince años y perspectivas. Segundo Encuentro Colombia Hacia la Paz. 15-19 de marzo, Bogotá D. C.

Información de una página web

Autor. (Fecha). Título. Disponible en: página de Internet.

Ejemplo:

Universidad Militar Nueva Granada. (s. f.). Convocatorias 2015. Disponible en: <http://www.umng.edu.co/web/docentes-admtivos/convocatorias>

Artículos en línea

Autor. (Fecha). Título del artículo. Título de la publicación. Disponible en: página de Internet.

Ejemplo:

Stiglitz, J. (16 de mayo de 2015). Las corporaciones y su secreta toma del control. El Espectador. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/corporaciones-y-su-secreta-toma-del-control>

Leyes

Número y año de la ley. Asunto. Fecha de promulgación. Número en el Diario Oficial.

Ejemplo:

Ley 1407/2010. Por la cual se expide el Código Penal Militar. 17 de agosto. Diario oficial 47.804.

Jurisprudencia

Tribunal que profiere la sentencia. Sala o sección (en caso de ser aplicable). Número de la sentencia o del proceso (Magistrado/Consejero ponente/Juez), fecha.

Ejemplo:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388/2009 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), 28 de mayo.

NIVELES DE TITULACIÓN

Título del artículo: CENTRADO, EN MAYÚSCULA SOSTENIDA Y EN NEGRITA.

Títulos de primer nivel: marcados con letra mayúscula (A, B, C, etc.) y el título debe ir en minúscula y en negrita.

Ejemplo: A. Estado del arte del derecho penal en América Latina.

Títulos de segundo nivel: marcados con números romanos en mayúscula (I, II, III, etc.) y el título debe ir en minúscula y en negrita.

Ejemplo: I. Derecho penal colombiano.

Títulos de tercer nivel: marcados con números arábigos (1, 2, 3, etc.) y el título debe ir en minúscula y en negrita.

Ejemplo: 1. Periodo 1950-1976.

Títulos de cuarto nivel: texto en cursivas y sin negrita.

Ejemplo: Marco normativo

RECEPCIÓN Y PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos se deben remitir al correo electrónico derechos.valores@unimilitar.edu.co

Los artículos serán revisados de manera formal primero por el editor junto con el comité editorial, para evaluar la aprobación de envío a árbitros. El comité editorial se reserva el derecho de seleccionar los artículos que cumplan con los criterios que exige la revista.

No se hará devolución de los originales entregados para revisión, por tal motivo es importante que el autor o autores conserven una copia con todas las modificaciones que se hagan para efectos de la revisión. El comité editorial se reserva también el derecho de modificar la forma del artículo para que cumpla con los requisitos de la revisión, de acuerdo con la diagramación que se plantee internamente para cada publicación.

La revista solamente dará recibo formal de artículos resultados de investigación que cumplan con las normas APA y las cláusulas que aparecen en este documento.

PUBLICATION NORMS

The articles to be submitted for their publication in the magazine Prolegómenos Derechos y Valores have to fulfill the next criterion:

1. Only original writings and unpublished investigation process results will be published.
2. The official language of the magazine is Spanish. Articles in English and Portuguese will also be received.
3. The submitted articles that fulfill the demanded requirements and are assessed by the editorial and scientific committee, will be subjected to a process of evaluation through arbitration. The designated arbitrators are external and the “double blind” system will be used in order to guarantee anonymity.
4. The evaluated articles will be sent back to their authors for making the corresponding corrections, or containing the required comments.
5. Once a work is accepted, the author has to transfer the copyright to the Political, Legal and Social Research Center of the Faculty of Law in the Universidad Militar Nueva Granada.

The contents and profile of the articles have to adjust to only one of the next categories:

Article of investigation and innovation:

Document that shows the original and unpublished production, published in a magazine of scientific, technological or academic contents, resulting from investigation, reflection or revision processes, which has been subject of evaluation in pairs. In no case there will be accepted as an article of investigation and innovation contributions such as publications not obtained from investigation, summaries, communications to congresses, letters to the editor, book reviews, bibliographies, institutional bulletins, editorial notes, necrologies, news or translations of articles previously published in other means, opinion piece or conjunction, and similar writings (this even applies in the cases in which it is proved that the mentioned types of contribution have been subject of evaluation in pairs).

In turn, an article of investigation can be classified in:

- **Article of scientific and technological investigation.** Document that shows, in a detailed way, the original results of investigation projects already finished. The structure generally used contains four important sections: introduction, methodology, results and conclusions.
- **Article of reflection.** Text that shows results of investigation finished from an analytic, interpretative or critical perspective of the author, about a specific subject, turning to original sources. It is a type of critical study with results and contributions.
- **Article of revision.** Document that results from a finished investigation, where results of published and unpublished investigations are analyzed, systematized and integrated, on a field of science or technology, in order to give an account of progresses and trends of development. It is characterized by showing a careful bibliographic revision of at least fifty references.

The postulated article has to take into account the next formal aspects:

1. Title, whose maximum extension is twenty words. The finished investigation project to which the product belongs, the university institution and, if applies, the group of investigation to which the postulated article corresponds, have to be outlined in footnote. Besides, it has to be said if it corresponds to an investigation, reflection or revision article, according to Colciencias typologies.
2. Author(s). In footnote it has to be done a short description about their studies, institutional link and e-mail.
3. Summary, in the language that the article is written, with a maximum of 150 words. It has to contain the main objectives of the investigation, scope, methodology used and main results and conclusions. It has to

- be clear, coherent and concise, for which it is suggested to revise and verify data, syntax, spelling, not to make mistakes and not to include bibliographic references.
4. Key words. Maximum six.
 5. Title, summary and key words in a second language. They will always be in English, unless the article is written in this language, in which case the second language will be Spanish.
 6. Introduction. The investigation problem, the objectives, the methodology and an approach to the topic have to be clearly identified. One thousand words, maximum.
 7. Conclusions.
 8. When graphs or tables are used, they have to be numbered, with their corresponding title and source (quote or own work).
 9. The maximum extension of the articles is thirty pages, according to the next specifications: Arial 12 points, interline 1,5, letter size and 3 cm margin in all sides.
 10. Quotes and bibliographic references according to APA norms (sixth edition).

Thereupon, some examples about APA norms are explained:

APA norms carry out the quotation inside the body of the text, not in footnote. The bibliography is named references and is placed at the end of the document. The textual quotes with less than 40 words are written between quotation marks (" ") inside the body of the text. The textual quotes with more than 40 words are written outside the body of the text and with indentation. In both cases cursive is not used, and the author's last name, year of publication and page have to be added at the end of each quote.

Example: "The notary carries out a public function, and his behavior is regulated by the legislation corresponding to each State" (Barba, 2014, p. 5).

If the quote is indirect (paraphrase of the original quote) there are no quotation marks, but the author and the reference year.

Example: For Witker (2011) services are the new objects of international trading.

RULES ACCORDING TO THE NUMBER OF AUTHORS

One or two authors

Example of quote in text: (Cotino, 2000) or (Marquez and Galindo, 2010).

Example of reference: Cotino, L. (2012). The right to education as a fundamental right. Special attention to its social benefit dimension. Madrid: Center of Political and Constitutional Studies.

Between three and five authors

Example of quote in text: (Liñán, López and Mangas, 2012).

When there are three, four or five authors, all of them are written in the first quote and in the next quotes only the last name of the first author is written, followed by the abbreviation et al. With the previous example, the subsequent quotes would be: (Liñán, et al., 2012).

Example of reference: Liñán, J., López, D. & Mangas, A. (2012). Institutions and rights of European Union. Madrid: Tecnos.

Six or more authors

From the first quote, only the last name of the first author is written, followed by the abbreviation et al.

Example of quote in text: (Procacci et al., 1976).

Example of reference: Procacci, G., Muñoz, T., Pérez, A., Vallejo, M., Giraldo, H., Novoa, T. & Jiménez, H. (1976). The great debate. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

Corporate authors

Example of quote in text: (Office in Colombia of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2003).

Example of reference: Office in Colombia of the United Nations High Commissioner for Human Rights. (2003). *Compilation of Jurisprudence and national and international doctrine. Volume IV*. Bogota: HCHR.

REFERENCES

References are a list with detailed information about the sources quoted in the document. All the authors who appear in the text have to be in the reference list, and viceversa.

Books

Author's last name, Name's Initial. (Year). Title. City of publication: Editorial.

Example:

Sabine, G. (1998). *History of Political Theory*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Chapters or parts of book

Author's last name, Name's Initial of the authors of the chapter. (Year of publication). Title of the chapter. In: Last name, Name's Initial of compilers (eds.). Title of book. (Pages of chapter). City of publication: Editorial.

Example:

López, M. & Cárdenas, A. C. (2010). International monetary system. In: Hinojosa, L. M. & Roldán, J. (eds.). *Derecho internacional económico* (pp. 273-295). Madrid: Marcial Pons.

Article of academic magazine (journal)

Author's Last Name, Name's Initial. (Year). Title of the article. Title of the periodical publication, volume(number), pages.

Example:

Soto, F. (2013). Referendum in Latin America: an analysis from compared Law. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 136(4), pp. 317-346.

Article of news

Last Name, Name's Initial. (day, month and year). Title of the article. Title of the news, page.

Example:

Galindo, F. (January 23rd 2013). Radical reform to health system. *El Tiempo*, p. 8.

Document presented in congress, conference or meeting

Last Name, Name's Initial. (Year). Title of the document. Name of the congress or conference. Date and city where it took place.

Example:

Restrepo, D. I. (2003). Future of decentralization: experiences of fifteen years and perspectives. Second Meeting Colombia Towards Peace. March 15-19, Bogotá D. C.

Information of a website

Author. (Date). Title. Available in: website

Example:

Universidad Militar Nueva Granada. (s. f.). Summons 2015. Available in: <http://www.umng.edu.co/web/docentes-admtivos/convocatorias>

Online articles

Author. (Date). Title of the article. Title of the publication. Available in: website.

Example:

Stiglitz, J. (May 16th 2015). Corporations and their secret control taking. El Espectador. Available in: <http://www.elespectador.com/opinion/corporaciones-y-su-secreta-toma-del-control>

Laws

Number and year of the law. Subject. Date of promulgation. Number in the official newspaper.

Example:

Law 1407/2010. For which Military Penal Code is issued. August 17th. Official newspaper 47.804.

Jurisprudence

Tribunal that utters sentence. Courtroom or section (in case it applies). Number of sentence or process (Magistrate/Counselor/Judge), date.

Example:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388/2009 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), May 28.

LEVELS OF TITLES

Title of the article: CENTERED, ALL IN CAPITALS AND BOLD.

Titles of first level: marked with capital letter (A, B, C, etc.) and the title has to be in small letter and bold.

Example: A. State of art of penal law in Latin America.

Titles of second level: marked with roman numbers (I, II, III, etc.) and the title has to be in small letter and bold.

Example: I. Colombian penal law.

Titles of third level: marked with arabic numbers (1, 2, 3, etc.) and the title has to be in small letter and bold.

Example: 1. Period 1950-1976.

Titles of fourth level: text in cursive letter and without bold.

Example: Normative setting

RECEPTION AND PUBLICATION OF ARTICLES

The articles have to be sent to the e-mail derechos.valores@unimilitar.edu.co

The articles will be revised in a formal way first by the editor with the editorial committee to assess the approval of delivery to arbitrators. The editorial committee reserves the right to select the articles that fulfill the criterion demanded by the magazine.

There will not be refund of the originals given for revision, that's why it is important that the author or authors keep a copy with all the modifications done for revision effects. The editorial committee also reserves the right to modify the form of the article for it to fulfill the revision requirements, according to the layout internally outlined for each publication.

The magazine will give formal receipt only to articles resulting from investigation, which fulfill APA norms and the clauses that appear in this document.

NORMAS DA PUBLICAÇÃO

Os artigos a apresentar para sua publicação na Revista Prolegómenos Derechos y Valores deverão cumprir os seguintes critérios:

1. Só se publicaram trabalhos originais e inéditos resultados de processos de investigação.
2. O idioma oficial da revista é o espanhol. Se recebem também artigos em inglês e português.
3. Os artigos apresentados que cumpram os requisitos exigidos e sejam valorados pelo comitê editorial e científico, se someteram a um processo de avaliação a través dos juízes. Os juízes nomeados são externos e se utiliza o sistema da “dobre cego” para garantir a anonimato.
4. Os artigos avaliados regressaram aos autores para a realização das correções pertinentes e no caso negativo, se devolveram ao autor com os comentários requeridos.
5. Uma vez que se aceite um trabalho, os autores deverão ceder o direito do autor ao Centro das Investigações Políticas, Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Militar Nueva Granada.

O conteúdo e perfil dos artigos deverão adequar-se a um só das seguintes categorias:

Artigo de investigações e inovação:

Documento que apresenta a produção original e inédita, publicada em uma revista de conteúdo científico, tecnológico ou acadêmico, resultado de processos de investigações, reflexão ou revisão, que tenha sido objeto da avaliação pelos pares. Em nenhum caso se aceitará como artigo de investigação e inovação contribuições como publicações não derivadas de investigação, resumos, comunicações em congressos, cartas ao editor, críticas de livros, bibliografias, boletins institucionais, notas editoriais, necrologias, notícias ou traduções de artigos já publicados em outro meio, colunas de opinião ou conjuntura, e similares (isto aplica ainda nos casos em que se documente que os mencionados tipos de contribuição tem sido objeto da avaliação pelos pares).

Na sua vez, um artigo de investigação pode classificar-se em:

- **Artigo de investigação científica e tecnológica.** Documento que apresenta, de maneira detalhada, os resultados originais de projetos terminados de investigação. A estrutura que em geral se utiliza, contem quatro sessões importantes: introdução, metodologia, resultados e conclusões.
- **Artigo de reflexão.** Texto que expõe resultados de investigação terminada desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, sobre um tema específico, recorrendo a fontes originais. Se trata de um estudo crítico com resultados e aportes.
- **Artigo de revisão.** Documento resultado de uma investigação terminada onde se analisam, sistematizam e integram os resultados das investigações publicadas ou não publicadas, sobre um campo em ciência ou tecnologia, com o fim de dar conta dos avances e as tendências de desenvolvimento. Se caracteriza por apresentar uma cuidadosa revisão bibliográfica de pelo menos cinquenta referencias.

O artigo postulado deverá ter em conta os seguintes aspetos formais:

1. Título, cuja extensão máxima é de vinte palavras. Em pé de página deve enunciar-se o projeto da investigação terminada ao que pertence o produto, a instituição universitária e, no caso de que aplique, o grupo de investigação que corresponde ao artigo postulado. Além disso, se deve dizer si corresponde a um artigo de investigação, reflexão ou de revisão, segundo as tipologias de Colciencias.
2. Autor (es). Em pé de página se deve fazer uma breve descrição de seus estudos, vinculação institucional e correio eletrônico.
3. Resumem no idioma em que está escrito o artigo, que não deve superar as 150 palavras. Deve conter os objetivos principais da investigação, alcance, metodologia empenhada e principais resultados e conclusões

Deve ser claro, coerente e sucinto, pelo qual se sugere revisar e verificar dados, sintaxes, ortografia, não cair em erros e não adicionar referências bibliográficas.

4. Palavras chave. Máximo seis.
5. Título, resumo e palavras chave em segundo idioma. Sempre serão em inglês exceto, quando o artigo seja escrito em este idioma, pelo qual a segunda língua que se vai lidar é o espanhol.
6. Introdução. Deve identificar-se claramente o problema da investigação, os objetivos, a metodologia e uma aproximação ao tema. Máximo mil palavras.
7. Conclusão (es).
8. Quando se utilizem gráficos ou tabuadas, devem ir numerados, com seu título correspondente e a fonte (cita ou elaboração própria).
9. Os artigos deveram ter uma extensão máxima de trinta páginas, de acordo com as seguintes especificações: Arial 12 pontos, com espaçamento de 1,5, tamanho carta e margens de 3 cm em todos os lados.
10. Citas e referências bibliográficas conforme com as normas APA (sexta edição).

A continuação se explicam alguns exemplos sobre as normas APA:

As normas APA realizam a citação dentro do corpo do texto e não no pé da página. A bibliografia se denomina referencias e fica ao final do documento. As citas textual que tem menos de 40 palavras ficam entre aspas (""") e dentro do corpo do texto. As citas textuales que tem mais de 40 palavras se colocam fora do texto e deve ser recuado. Em ambos casos não se usa aa cursiva e deve agregar-se ao final de cada cita o sobrenome do autor, o ano de publicação e a página:

Exemplo: "O notário realiza uma função pública e sua atuação a regula a legislação correspondente a cada Estado" (Barba, 2014, p. 5).

Si a cita é indireta (paráfrases da cita original) não se colocam aspas, mas si o autor e o ano que se faz referência.

Exemplo: Para Witker (2011) os serviços são os novos objetos do comercio internacional.

REGRAS CONFORME O NÚMERO DE AUTORES

Um ou dois autores

Exemplo da cita em texto: (Cotino, 2000) o (Márquez y Galindo, 2010).

Exemplo da referência: Cotino, L. (2012). O direito á educação como direito fundamental. Especial atenção a sua dimensão social prestativo. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais.

Entre três e cinco autores

Exemplo da cita em texto: (Liñán, López y Mangas, 2012).

Quando são três, quatro ou cinco autores na primeira cita se colocam todos e nas seguintes se escreve só o sobrenome do primeiro autor seguido da abreviatura et al. Com o exemplo anterior as subseguintes citas seriam: (Liñán et al., 2012).

Exemplo de referencia: Liñán, J., López, D. & Mangas, A. (2012). Instituições e direitos da União Européia. Madrid: Tecnos.

Seis ou mais autores

Desde a primeira cita se coloca só o sobrenome do primeiro autor e se continua coa a abreviatura et al.

Exemplo de cita em texto: (Procacci et al., 1976).

Exemplo de referencia: Procacci, G., Muñoz, T., Pérez, A., Vallejo, M., Giraldo, H., Novoa, T. & Jiménez, H. (1976). O grande debate. Madrid: Século Vinte e um Editores.

Autores corporativos

Exemplo de cita em texto: (Oficina em Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003).

Exemplo de referência: Oficina em Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2003). Compilação de jurisprudência e doutrina nacional e internacional. Volumen IV. Bogotá: HCHR.

REFERÊNCIAS

As referências são um listado com a informação detalhada das fontes que se citaram no documento. Todos os autores que apareçam no texto devem estar na lista de referências e vice-versa.

Livros

Sobrenome (s) autor (es), Inicial Nome. (Ano). Título. Cidade de publicação: editorial.

Exemplo:

Sabine, G. (1998). História da teoria política. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Capítulos ou partes do livro

Sobrenome (s) autor (es), Inicial Nome dos autores do capítulo. (Ano publicação). Título do capítulo. Em: Sobrenome, Inicial Nome compiladores (eds.). Título do livro. (Paginação do capítulo). Cidade da publicação: editorial.

Exemplo:

López, M. & Cárdenas, A. C. (2010). O sistema monetário internacional. Em: Hinojosa, L. M. & Roldán, J. (eds.). Direito internacional económico. (pp. 273-295). Madrid: Marcial Pons.

Artigo da revista académica (journal)

Sobrenome, Inicial Nome. (Ano). Título do artigo. Título da publicação periódica, volume (número), paginação.

Exemplo:

Soto, F. (2013). O referendun em Latino América: umas análises a partir do direito comparado. Boletim Mexicano do Direito Comparado, 136(4), pp. 317-346.

Artigo do Jornal

Sobrenome, Inicial Nome. (dia, mês e ano). Título do artigo. Título do Jornal, página.

Exemplo:

Galindo, F. (23 de janeiro de 2013). Reforma radical ao sistema de saude. O Tempo, p. 8.

Documento apresentado em congresso, conferencia ou reunião

Sobrenome, Inicial Nome. (Ano). Título do documento apresentado ao congresso ou conferencia. Nome do congresso ou conferencia. Data, cidade onde se celebrou o congresso ou conferencia.

Exemplo:

Restrepo, D. I. (2003). O futuro da descentralização: experiências de quinze anos e perspectivas. Segundo Encontro Colômbia Até a Paz. 15-19 de março, Bogotá D. C.

Informação de um site

Autor. (Data). Título. Disponível em: página da Internet.

Exemplo:

Universidade Militar Nueva Granada. (s. f.). Convocatórias 2015. Disponível em: <http://www.umng.edu.co/web/docentes-admtivos/convocatorias>

Artigos em linha

Autor. (Data). Título do artigo. Título da publicação. Disponível em: página de Internet.

Exemplo:

Stiglitz, J. (16 de maio de 2015). As corporações e sua secreta toma do controle. O Espectador. Disponível em: <http://www.elespectador.com/opinion/corporaciones-y-su-secreta-toma-del-control>

Leis

Número e ano da lei. Assunto. Data de promulgação. Número no Diário Oficial.

Exemplo:

Lei 1407/2010. Pelo qual se expede o Código Penal Militar. 17 de agosto. Diário oficial 47.804.

Jurisprudência

Tribunal que profere a sentença. Sala ou sessão (no caso de ser aplicável). Número da sentença ou do processo (Magistrado/Conselheiro relator/Juiz), data.

Exemplo:

Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-388/2009 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), 28 de maio.

NÍVEIS DE TITULAÇÃO

Título do artigo: CENTRADO, EM MAIÚSCULA SUSTENTADA E EM NEGRITO

Títulos de primeiro nível: marcados com letra maiúscula (A, B, C, etc.) e o título deve ir em minúscula e em negrito.

Exemplo: A. Estado da arte de direito penal em América Latina

Títulos de segundo nível: marcados com números romanos em maiúscula (I, II, III, etc.) e o título deve ir em minúscula e em negrito.

Exemplo: I. Direito penal colombiano

Títulos de terceiro nível: marcados com números arábicos (1, 2, 3, etc.) e o título deve ir em minúscula e em negrito.

Exemplo: 1. Período 1950-1976

Títulos de quarto nível: texto em cursivas e sem negrito.

Exemplo: Marco normativo

RECEPÇÃO E PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

Os artigos se devem remitir ao correio eletrônico derechos.valores@unimilitar.edu.co

Os artigos serão revisados de maneira formal primeiro pelo editor junto com o comitê editorial, para avaliar a aprovação de envio aos juizes. O comitê editorial se reserva o direito de selecionar os artigos que cumpram com os critérios que exige a revista.

Não se fará devolução dos originais entregados para revisão, por esse motivo é importante que o autor ou autores conservem uma cópia com todas as modificações que se façam para efeitos da revisão. O comitê editorial se reserva também o direito de modificar a forma do artigo para que cumpra com os requisitos da revisão, de acordo com a diagramação que se apresenta internamente para cada publicação.

A revista somente dará recibo formal de artigos resultados de investigação que cumpram com as normas APA e as cláusulas que aparecem neste documento..



Misión

La Universidad Militar Nueva Granada es una institución pública del orden nacional que desarrolla las funciones de docencia, investigación y extensión, fomenta el diálogo de saberes, la construcción de comunidad académica y la autoevaluación permanente de los procesos institucionales en el contexto de un mundo globalizado, con el fin de formar ciudadanos íntegros y socialmente responsables que promuevan la justicia, la equidad, el respeto por los valores humanos y contribuyan al progreso del sector defensa y a la sociedad en general.

Visión

La Universidad Militar Nueva Granada será reconocida por su alta calidad y excelencia en los ámbitos nacional e internacional en el fomento de la reflexión, la creatividad, el aprendizaje continuo, la investigación y la innovación, desde una perspectiva global, en cumplimiento de la responsabilidad social que le permita anticipar, proponer y desarrollar soluciones que respondan a las necesidades de la sociedad y del sector defensa.

Política de calidad

La Universidad Militar Nueva Granada, en cumplimiento de su misión y las disposiciones legales, asume la autoevaluación y autorregulación de los procesos y se compromete a mejorar continuamente su eficacia, eficiencia y efectividad, gestionando sus riesgos con responsabilidad social para satisfacer las necesidades y expectativas de los usuarios, del sector defensa y de la sociedad en general.



PREGRADOS



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA

La U para todos

Presenciales

Ingeniería Ambiental *

SNIES 104694, Res. 10418 del 14 de julio de 2015 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería Biomédica *

SNIES 105560, Res. 9856 del 18 de mayo de 2016 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería Civil *

SNIES 365, Res. 10850 del 28 de noviembre de 2011 y Res. 4229 del 20 de abril de 2012 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería Industrial *

SNIES 4088, Res. 11123 del 11 de septiembre de 2012 y Res. 14934 del 19 de noviembre de 2012 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería Mecatrónica *

SNIES 4405, Res. 2159 del 5 de marzo de 2012 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería Multimedia

SNIES 10993, Res. 11183 del 11 de septiembre de 2012 y Res. 6358 del 23 de mayo de 2013 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería en Telecomunicaciones *

SNIES 10995, Res. 270 del 10 de enero de 2012 por 7 años. 9 semestres

Administración de Empresas

SNIES 363, Res. 14873 del 11 de septiembre de 2014 y Res. 8013 del 18 de julio de 2012 por 7 años. 9 semestres

Administración de la Seguridad y Salud Ocupacional *

SNIES 91104, Res. 2383 del 7 de marzo de 2013 y Res. 3934 del 25 de marzo de 2015 por 7 años. 8 semestres

Relaciones Internacionales y Estudios Políticos *

SNIES 10955, Res. 9574 del 24 de julio de 2013 y Res. 952 del 24 de enero de 2014 por 7 años. 9 semestres

Contaduría Pública *

SNIES 364, Res. 799 del 30 de enero de 2012 y Res. 4295 del 27 de mayo de 2011 por 7 años. 9 semestres

Economía *

SNIES 362, Res. 3733 del 17 de abril de 2012 y Res. 8598 del 8 de julio de 2013 por 7 años. 9 semestres

Medicina *

SNIES 91437, Res. 6033 del 20 de mayo de 2013 por 7 años. 12 semestres

Derecho *

SNIES 361, Res. 1233 del 11 de febrero de 2013 y SNIES 91060, Res. 1263 del 21 de febrero de 2011 por 7 años. 10 semestres

Biología Aplicada *

SNIES 5315, Res. 11003 del 11 de septiembre de 2012 por 7 años. 10 semestres

A distancia

Ingeniería Civil

SNIES 11004, Res. 9236 del 18 de octubre de 2011 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería Industrial

SNIES 53703, Res. 9189 del 24 de junio de 2015 por 7 años. 9 semestres

Ingeniería Informática

SNIES 105142, Res. 18672 del 17 de noviembre de 2015 por 7 años. 9 semestres

Administración de Empresas

SNIES 6527, Res. 11093 del 11 de septiembre de 2012 por 7 años. 9 semestres

Administración de la Seguridad y Salud Ocupacional

SNIES 102005, Res. 12946 del 10 de octubre de 2012 por 7 años. 8 semestres, centro de atención tutorial en Cajicá

Relaciones Internacionales y Estudios Políticos

SNIES 10963, Res. 2544 del 14 de marzo de 2013 por 7 años. 9 semestres

Contaduría Pública

SNIES 11428, Res. 10999 del 11 de septiembre de 2012 por 7 años. 9 semestres

Tecnologías

Electrónica y Comunicaciones

SNIES 54532, Res. 04840 del 14 de marzo de 2016 por 7 años. 5 semestres

Contabilidad y Tributaria *

SNIES 90985, Res. 12641 del 28 de diciembre de 2010 por 7 años. 5 semestres

Atención Prehospitalaria *

SNIES 101659, Res. 4622 del 7 de mayo de 2012 por 7 años. 6 semestres

Horticultura *

SNIES 91187, Res. 7552 del 31 de agosto de 2010 por 7 años. 5 semestres

Sede Bogotá, carrera 11 No. 101- 80.

* Sede Campus Nueva Granada, kilómetro 2 vía Cajicá-Zipacquirá.

* Sede Bogotá y Sede Campus Nueva Granada.

* Facultad de Medicina y Ciencias de la Salud, transversal 3 No. 49 - 00.

Síguenos en



/lamilitar @lamilitar

Inscribete

www.umng.edu.co



6500 000 - 634 3200

Decreto 1075 del 26 de mayo de 2015. Vigilancia Mineducación

Acreditación institucional de alta calidad de la educación superior, por seis años, mediante la resolución 10083 del 16 de julio de 2015.



POSGRADOS



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA

La U para todos

Especializaciones

Ingeniería de Pavimentos

SNIES 10931, Res. 12910 del 11 de agosto de 2014 por 7 años. 2 semestres

Administración de la Seguridad

SNIES 3620, Res. 2545 del 14 de marzo de 2013; SNIES 19935, Res. 10081 del 10 de noviembre de 2011, Convenio Extensión Upb Medellín, Antioquia; SNIES 52991, Res. 229 del 15 de enero de 2013, Convenio Extensión Usb Cartagena, Bolívar; SNIES 17674, Res. 8636 del 9 de julio de 2013, Convenio Extensión Usb Cali, Valle; por 7 años. 2 semestres

Administración Aeronáutica y Aeroespacial

SNIES 103777, Res. 11974 del 6 de septiembre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Control Interno

SNIES 2965, Res. 17706 del 6 de diciembre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Gestión de Desarrollo Administrativo

SNIES 13459, Res. 16674 del 20 de noviembre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Revisoría Fiscal y Auditoría Internacional

SNIES 16072, Res. 17793 del 6 de diciembre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Mercadeo de Servicios

SNIES 13465, Res. 14521 del 16 de octubre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Finanzas y Administración Pública *

SNIES 8431, Res. 1552 del 7 de febrero de 2014 por 7 años. 2 semestres

Gerencia de Comercio Internacional

SNIES 16074, Res. 13091 del 13 de agosto de 2014 por 7 años. 2 semestres

Alta Gerencia *

SNIES 13469, Res. 10702 del 9 de julio de 2014 por 7 años. 2 semestres
SNIES 90537, Res. 4867 del 16 de junio de 2010 por 7 años. 3 trimestres.

A distancia

Derecho Sancionatorio *

SNIES 53151, Res. 11038 del 11 de septiembre de 2012 y Res. 3935 del 25 de marzo de 2015 por 7 años. 2 semestres

Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar *

SNIES 13642, Res. 3456 del 4 de abril de 2012 y Res. 6542 del 12 de marzo de 2015 por 7 años. 2 semestres

Derechos Humanos y Sistemas de Protección *

SNIES 104555, Res. 7438 del 26 de mayo de 2015 por 7 años. 2 semestres

Derecho Administrativo

SNIES 395, Res. 9134 del 11 de junio de 2014 por 7 años. 2 semestres

Alta Gerencia de Seguridad y Defensa

SNIES 103474, Res. 11037 del 14 de julio de 2014 por 7 años. 2 semestres

Gerencia Integral de Proyectos

SNIES 4460, Res. 953 del 24 de enero de 2014 por 7 años. 2 semestres

Geomática

SNIES 52638, Res. 17717 del 6 de diciembre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Gerencia de la Calidad

SNIES 52910, Res. 1567 del 7 de febrero de 2014 por 7 años. 2 semestres

Planeación Ambiental y Manejo de Recursos Naturales

SNIES 16131, Res. 14522 del 16 de octubre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Gerencia en Logística Integral

SNIES 15947, Res. 13068 del 13 de agosto de 2014 por 7 años. 2 semestres

Docencia Universitaria

SNIES 4358, Res. 6904 del 6 de agosto de 2010 por 7 años. 3 trimestres

Consulta las 53 especialidades médicas en nuestro portal web.

Inscríbete

www.umng.edu.co

6500 000 - 634 3200

Decreto 1075 del 26 de mayo de 2015. Vigencia Mineducación
Acreditación institucional de alta calidad de la educación superior, por seis años,
mediante la resolución 10683 del 16 de julio de 2015.

Síguenos en  /lamilitar  @lamilitar

Maestrias

Ingeniería Civil *

SNIES 103836, Res. 19488 del 14 de noviembre de 2014 por 7 años. 4 semestres

Ingeniería Mecatrónica

SNIES 54775, Res. 4839 del 14 de marzo de 2016 por 7 años. 4 semestres

Relaciones y Negocios Internacionales *

SNIES 53970, Res. 14174 del 7 de septiembre de 2015 por 7 años. 4 semestres

Gestión de Organizaciones *

SNIES 53322, Res. 9187 del 24 de junio de 2015 y Res. 9187 del 24 de junio de 2015 por 7 años. 4 semestres

Derecho Administrativo

SNIES 5235, Res. 14306 del 7 de septiembre de 2015 por 7 años. 4 semestres

Instituciones Jurídicas de la Fuerza Pública

SNIES 53626, Res. 20479 del 17 de diciembre de 2015 por 7 años. 4 semestres

Derecho Procesal Penal

SNIES 54281, Res. 14305 del 7 de septiembre de 2015 por 7 años. 4 semestres

Biología Aplicada *

SNIES 19792, Res. 5270 del 25 de junio de 2010 por 7 años. 4 semestres

Logística Integral *

SNIES 103706, Res. 14460 del 4 de septiembre de 2014 por 7 años. 4 semestres

Gerencia de Proyectos *

SNIES 103838, Res. 19490 del 14 de noviembre de 2014 por 7 años. 4 semestres

Educación *

SNIES 90692, Res. 3909 del 20 de mayo de 2010 y Registro Calificado 3441 del 14 de marzo de 2014 por 7 años (Vigencia del RC de 2010). 4 semestres

Doctorados

Bioética *

SNIES 101830, Res. 8012 del 18 de julio de 2012 por 7 años. 7 semestres

Ciencias Aplicadas *

SNIES 105485, Res. 6248 del 6 de abril de 2016 por 7 años. 8 semestres

Sede Bogotá, carrera 11 No. 101 - 80.

* Sede Campus Nueva Granada, kilómetro 2 vía Cajicá-Zipacquirá.

* Sede Bogotá y Sede Campus Nueva Granada.

* Facultad de Medicina y Ciencias de la Salud, transversal 3 No. 49 - 00.

