

Lenguaje jurídico, filosofía del derecho y teoría jurídica

Editor
Rubén Alberto Duarte Cuadros



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

RUBÉN ALBERTO DUARTE CUADROS

Decano de la Facultad de Filosofía y director de la Especialización y Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Docente e investigador del área de Filosofía del Derecho y Teorías Jurídicas Contemporáneas de la misma universidad (Pregrado y Posgrado). Profesor de Filosofía del Derecho, Teoría Política y Teoría del Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia. Director del Grupo de Investigación en Filosofía y Teoría Jurídica Contemporánea, registro Colciencias COL-0047708, categoría (C) 2017. Exdirector de la revista colombiana de filosofía *Sin Fundamento*, de la Universidad Libre (Facultad de Filosofía), ISSN 1692-5726. Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Criminología y Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, Universidad Libre. Magíster en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana. Filósofo egresado de la Universidad Nacional y abogado de la Universidad Autónoma de Colombia.

Lenguaje jurídico, filosofía del derecho y teoría jurídica

Editor
Rubén Alberto Duarte Cuadros

Lenguaje jurídico, filosofía del derecho y teoría jurídica / Rubén Alberto Duarte Cuadros, ed. – Bogotá : Universidad Libre, 2019.

201 p.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5578-06-7

1. Filosofía del derecho 2. Derecho y ética 3. Argumentación jurídica

I. Duarte Cuadros, Rubén Alberto, ed.

340.1

SCDD 23

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

Comentarios y sugerencias:

Correo del editor: rcuadros14@hotmail.com

© Facultad de Filosofía, 2019

© Universidad Libre, sede principal, 2019

ISBN IMPRESO: 978-958-5578-06-7

ISBN DIGITAL: 978-958-5578-07-4

Queda hecho el depósito que ordena la Ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra ni su incorporación a un sistema informático ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación de Publicaciones y Comunicaciones: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 n. ° 5-80, tel. 3821000, Bogotá, D. C.

Corrección de estilo: Juan Carlos Gettial Perengüez

Diseño y diagramación: AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Esta obra está cofinanciada por el Fondo de Publicaciones de la Universidad Libre

Impreso en Colombia en los talleres gráficos

de AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Carrera 68 g n. ° 64A - 31

tel. +57(1) 250 1584

afmproducciongrafica@gmail.com

Bogotá, D. C., Colombia, 2019

Printed in Colombia



UNIVERSIDAD LIBRE®
Vigilada Mineducación

Directivas

Presidente Nacional	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente Nacional	Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	Fernando D'janon Rodríguez
Censor Nacional	Ricardo Zopó Méndez
Secretario General	Floro Hermes Gómez Pineda
Presidenta Seccional	María Elizabeth García González
Rector Seccional	Fernando Arturo Salinas Suárez
Decano de la Facultad de Filosofía	Rubén Alberto Duarte Cuadros
Directora del Centro de Investigaciones	Adriana Ruelle Gómez

Comité Editorial

Adriana Ruelle Gómez
Hernán Martínez Ferro
Rubén Alberto Duarte Cuadros
Juan Carlos Gettial Perengüez

Comité Científico

Ricardo Sánchez Ángel
Doctor en Historia de la Universidad Nacional de Colombia

Elías Castro Blanco
Doctor en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia

Hernán Martínez Ferro
Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia

Gregorio Robles Morchón
Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid, España

Editor

Rubén Alberto Duarte Cuadros

Contenido

Presentación	7
Hacia la modernización y mejor comprensión del lenguaje jurídico <i>Juan Carlos Gettial Perengüez</i>	13
Vacíos jurídicos de la maternidad subrogada en Colombia <i>Diana Paola Trujillo León</i>	19
La plenitud del orgasmo: la experiencia de la Ley en el sadista y el masoquista <i>William Felipe Guerrero Salazar</i>	29
Justicia global y crímenes transnacionales <i>Patricia Britos</i>	41
La ética del funcionario público como garante de los derechos en casos particulares, efectividad de la aplicación de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado <i>Elías Castro Blanco</i> <i>Martha Patricia Parrado</i>	59
Neoliberalismo y educación en Colombia <i>Holbein Giraldo Paredes</i>	89
Responsabilidad social, virtudes cívicas y valores <i>Esperanza Valencia López</i>	99
La crítica de Marx al derecho <i>Julián Andrés Durán Puentes</i>	107
El centenario de la Revolución rusa <i>Ricardo Sánchez Ángel</i>	121
¿Por qué el inconsciente colectivo jungiano no es en sí mismo algo propiamente colectivo? <i>Leonardo Francisco Sierra</i>	137
Pensando la democracia griega con Castoriadis y Loraux <i>Eduardo Geovo Almanza</i>	157

Mecanismos judiciales para asegurar la efectividad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contra Colombia <i>Magda Ligia D'janon Donado</i> <i>Sergio Hernando Castillo Galvis</i>	167
Derecho constitucional global, constitucionalismo crítico y emancipación desde América Latina <i>Jairo Vladimir Llano Franco</i>	185

Presentación

La obra *Lenguaje jurídico, filosofía del derecho y teoría jurídica* es fruto de las ponencias producto de investigación, evaluadas por pares externos que seleccionaron estos trabajos presentados en el VI Congreso Internacional y IX Nacional de Filosofía del Derecho, Ética y Política, organizado por la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre Sede Bogotá, D. C., llevado a cabo durante los días 7, 8 y 9 de mayo de 2018.

El propósito de este evento fue reflexionar sobre temas de actualidad relacionados con el campo de la filosofía del derecho, la ética y la política. Este congreso resultó ser un gran aporte para la comunidad académica unilibrista y de otras instituciones de Educación Superior; gracias a la calidad de las ponencias presentadas por los docentes investigadores nacionales e internacionales, que contribuyeron significativamente a la promoción de un espacio en el que se expusieron diferentes perspectivas acordes con problemáticas contemporáneas que permean nuestra sociedad.

Lenguaje jurídico, filosofía del derecho y teoría jurídica contiene doce artículos que representan un aporte significativo al conocimiento en cada uno de estos campos. El primero de estos trabajos se asocia, por ejemplo, con la modernización del lenguaje jurídico; dado que se puso de manifiesto que muchos textos de este ámbito resultan de difícil comprensión para el ciudadano del común, quien tiene derecho a comprender este tipo de documentos con un lenguaje claro y sencillo.

Otras ponencias versaron sobre los obstáculos que los crímenes transnacionales ponen para la defensa de los derechos humanos; los mecanismos judiciales para hacer efectivas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contra Colombia; el neoliberalismo y la educación en nuestro país; la ética del funcionario público como garante de derechos; y la responsabilidad social, las virtudes cívicas y los valores.

Por otra parte, se abordaron otros temas, como el de la maternidad subrogada en Colombia, que ha generado diversas tensiones, debido a los vacíos jurídicos

existentes que no han permitido establecer una normativa clara en cuanto a la regulación de esta práctica. Asimismo, la experiencia de la Ley en el sadista y el masoquista con respecto a la plenitud del orgasmo fue objeto de discusión durante el congreso.

Además, el aporte de algunos de los investigadores consistió en evocar hechos históricos como la conmemoración de los cien años de la Revolución rusa y sus fundamentos; e igualmente la relación de Marx con el derecho y la crítica de este autor al respecto.

La razón por la cual el inconsciente colectivo jungiano no equivale en sí mismo a algo propiamente colectivo, así como la reflexión acerca de la democracia griega a partir de Castoriadis y Loraux despertaron, sin lugar a dudas, el interés de los participantes.

Es clara la labor de investigación llevada a cabo por los autores, quienes delimitan adecuadamente los problemas abordados, plantean hipótesis con respecto a estos, examinan en detalle sus causas y consecuencias, y presentan algunas conclusiones que enriquecen el tono dialéctico de la argumentación, sin pretender alcanzar soluciones definitivas.

En función del desarrollo de las propuestas, la contextualización de los temas le ofrece al lector un mayor entendimiento de las ideas expresadas, mediante un orden claro de los conceptos; sin duda, esta teorización se articula de manera directa con las razones por las cuales se consideran los asuntos a los que se hace alusión en el libro. De este modo, es posible establecer bloques temáticos valiosos para el debate académico.

En primer lugar, *Hacia la modernización y mejor comprensión del lenguaje jurídico*, texto de Juan Carlos Gettial Perengüez, se centra concretamente en fenómenos lingüísticos observados con el fin de defender la claridad del discurso jurídico, de modo que la interpretación de este último sea accesible para los ciudadanos que buscan hacer valer sus derechos mediante la Ley; de esta forma, el tratamiento del tema cobra gran valor en el campo disciplinar. La definición presentada, así como el panorama del lenguaje jurídico en Colombia, son pertinentes dentro de la estructura argumentativa.

En segundo lugar, el lector se encuentra con los artículos vinculados específicamente con la filosofía del derecho. Son estos los siguientes:

La plenitud del orgasmo: la experiencia de la Ley en el sadista y el masoquista, de William Felipe Guerrero Salazar, se basa en argumentos de autoridad propios del psicoanálisis y profundiza en tipos de pulsiones, en relación con conceptos como *goce*, *placer* y, de manera más enfática, con el de *orgasmo*, a fin de teorizar sobre las dos experiencias con respecto a la Ley a las cuales se refiere el artículo.

Responsabilidad social, virtudes cívicas y valores, de Esperanza Valencia López, por su parte, se fundamenta en los postulados de Hans Jonas en torno a la denominada *teoría de la responsabilidad*, de la cual la autora destaca su naturaleza y alcance, y, además, pone de manifiesto la vigencia de la propuesta del filósofo alemán, tomando en consideración factores axiológicos de la sociedad actual.

La crítica de Marx al derecho, de Julián Andrés Durán Puentes, examina las razones por las que este pensador alemán, que estudió derecho en la Universidad de Berlín, y cuyo padre era abogado, se opuso a los principios del establecimiento jurídico. La relación derecho-filosofía es un elemento presente a lo largo del artículo, en el que se analizan no solo textos propios de Marx, sino también otros compartidos con Engels, para tratar asuntos como los derechos que el socialismo reclama o cómo debería ser el derecho en una sociedad poscapitalista, y mencionar circunstancias según las cuales Marx hubiera asumido una actitud diferente con respecto al ámbito jurídico. Durán Puentes recuerda la trascendencia que la obra de Marx ha tenido hasta este momento en que se conmemora el bicentenario del nacimiento de este autor.

El Centenario de la Revolución rusa, de Ricardo Sánchez Ángel, lleva a cabo un cuidadoso recorrido por el contexto histórico de los hechos que rodearon la Revolución de Octubre. Sin embargo, el autor no solamente alude a las circunstancias de este acontecimiento, sino que se adentra en el sentido de los sucesos, que cien años después se conservan como reminiscencia de una utopía concreta.

¿Por qué el inconsciente colectivo jungiano no es en sí mismo algo propiamente colectivo? Es la pregunta que se formula Leonardo Francisco Sierra, quien manifiesta de forma clara el problema y la tesis de este artículo, a partir de la definición de *inconsciente colectivo* que ofrece Jung, y del contraste con lo que sociológicamente se entiende por *colectivo*. El texto ilustra esta oposición mediante ejemplos concretos como el del trabajo antropológico de Engels en la identificación del valor arquetípico que posibilitó la asociación humana o el papel interdisciplinario de la psicología en relación con los hallazgos antropológicos. Además, Sierra hace alusión a la influencia del principio de realidad freudiano en el planteamiento de un diagnóstico colectivo de la realidad y termina su reflexión de manera prácticamente circular refiriéndose a lo que hace del *inconsciente universal jungiano* algo de verdad colectivo.

Pensando la democracia griega con Castoriadis y Loraux, de Eduardo Geovo Almanza, es un texto que se caracteriza por el uso acertado y preciso de los términos filosóficos, y por los comentarios específicos alrededor de las instituciones de la antigua Grecia. El autor argumenta con base en dos sólidos referentes: la helenista y antropóloga Nicole Loraux y el filósofo Cornelius Castoriadis; en cuanto a la primera, se recurre a postulados con los que se propone la ausencia de una fundamentación racional de la democracia y, con respecto al

segundo, se contempla la democracia griega como autonomía, autolimitación y autoinstitución. Asimismo, el hecho de que el artículo se remita a *Menéxeno* es bastante enriquecedor, si se tiene en cuenta que este es uno de los diálogos a los que en ocasiones se presta menor atención cuando se aborda el corpus platónico.

Por último, los artículos que a continuación se relacionan forman parte del componente de teoría jurídica:

Neoliberalismo y educación en Colombia, de Holbein Giraldo Paredes, explora la manera como en las últimas décadas las políticas educativas en el país se forjaron en medio de la tensión entre un modelo neoliberal defendido por el Estado y un sistema que propugna el bienestar social, promovido por la Federación Colombiana de Educadores. El texto retoma con pertinencia el trayecto que tuvo que recorrer el movimiento pedagógico desde la década del sesenta hasta el presente y menciona en detalle avances y logros en materia de defensa del derecho a una educación pública e inclusiva; considerando espacios de participación como el que abrió la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, pero también obstáculos como los que suponen para América Latina las políticas de privatización y mercantilización del Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio.

Vacíos jurídicos de la maternidad subrogada en Colombia, de Diana Paola Trujillo León, describe el *statu quo* de un tema que causa controversia en la sociedad actual como es el de la maternidad sustituta. El hecho de incluir diferentes denominaciones con las que se conoce en otras latitudes la maternidad subrogada adquiere relevancia para el lector. Sin embargo, el punto de partida de la autora es la composición de la familia colombiana, así como las formas como se entiende en el país esta institución. El texto contiene una valiosa serie de preguntas que representan lagunas jurídicas para la protección de los derechos de quienes recurren a las prácticas de maternidad subrogada.

Justicia global y crímenes transnacionales, de Patricia Britos, involucra directamente al ciudadano mediante la búsqueda de aplicación de la teoría jurídica a la realidad. En este artículo es clave la aclaración de términos relacionados con temas como los nacionalismos, las identidades, la globalización o la xenofobia, e incluso se examina el equilibrio entre géneros y se cuestiona el radicalismo de algunas feministas. La autora analiza el objeto de debate de la justicia global para centrarse en la legislación en torno a problemáticas como las crisis migratorias y, además, hace alusión a la diferencia entre trata de personas y trabajo sexual. El texto propugna precisamente la dignidad de la persona con el fin de evitar el incremento de la injusticia.

La ética del funcionario público como garante de los derechos en casos particulares, efectividad de la aplicación de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, de Elías Castro Blanco y Martha Patricia Parrado, es un artículo que también muestra interés por el beneficio inmediato del ciudadano. Por esta

razón, se pone de manifiesto el acceso a un recurso a través del cual se puede acudir a las entidades administrativas para solicitar que sean tenidas en cuenta las sentencias unificadas proferidas por el Consejo de Estado. El recurso mencionado surge justamente a partir de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado; si bien el mecanismo jurídico aplica a un determinado tipo de casos. El objetivo del texto de Castro Blanco y Parrado se establece y desarrolla de forma clara y concreta, describiendo esta extensión de la jurisprudencia como un aporte al procedimiento administrativo colombiano.

Mecanismos judiciales para asegurar la efectividad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contra Colombia, de Magda Ligia D'janon Donado y Sergio Hernando Castillo Galvis, expone el desarrollo de una rigurosa investigación en la cual es evidente la relación de los hallazgos con el objetivo trazado, por lo cual los autores se permiten plantear una discusión alrededor de la efectividad de las denominadas *obligaciones de dar* y *obligaciones de hacer*, derivadas de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico colombiano. En este artículo se valoran razonadamente tanto la metodología como los resultados de la investigación.

Todo lo anterior confirma que *Lenguaje jurídico, filosofía del derecho y teoría jurídica* es un trabajo realizado con suficiente criterio, una obra que esperamos que sea una herramienta útil para analizar con mayor profundidad las problemáticas ligadas a la filosofía del derecho, la ética y la política.

RUBÉN ALBERTO DUARTE CUADROS
Decano de la Facultad de Filosofía

Hacia la modernización y mejor comprensión del lenguaje jurídico

Juan Carlos Gettial Perengüez¹

Es esencial que las palabras susciten a los hombres las mismas ideas.

MONTESQUIEU

Introducción

El éxito de la comunicación de un mensaje radica en la comprensión que genere en su receptor. En el caso del lenguaje jurídico, los ciudadanos tienen derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de manera clara, con una sintaxis sencilla y se aduzcan unos argumentos coherentes que cumplan con sus expectativas; pero sin perder su rigor de lenguaje técnico. La justificación de las decisiones es garantía contra la injusticia y arbitrariedad en Colombia.

Si la información brindada al ciudadano no es clara y comprensible, por ejemplo, cuando una persona recibe una respuesta de un derecho de petición o una acción de tutela, muchas entidades se ven obligadas a presentar aclaraciones que pueden conllevar el retraso de la solución a los problemas de los usuarios, y que implican pérdida de tiempo, dado que el ciudadano debe redactar un nuevo documento o dirigirse directamente a la entidad, e incluso podrían acarrear pérdida de dinero, puesto que, en varias ocasiones, deben recurrir a terceros (abogados y tramitadores); pero lo más preocupante es que las personas pueden empezar a perder la confianza en el Estado, lo que puede generar tensiones entre ambas partes.

¹ Filólogo, Especialista en Traducción Francés-Español de la Universidad del Rosario, Magíster en la Enseñanza de la Lectoescritura de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre, sede Bogotá.

Definición de lenguaje jurídico

El Libro de estilo de la Justicia (2017) denomina *lenguaje jurídico* a la variedad del idioma que se emplea en los textos legales, judiciales, administrativos, notariales y otros concernientes a la práctica del derecho como los producidos por los abogados y demás colaboradores de la Justicia.

Los textos jurídicos se diferencian de otros tipos de texto por su finalidad. Por ejemplo, mientras que en los textos científicos prima la *función referencial* del lenguaje, cuyo objetivo es transmitir una información al receptor y se enfoca en el contenido del mensaje, en los escritos jurídicos se encuentra más presente la *función apelativa*, centrada en influir en la conducta del receptor, se espera una respuesta de su parte.

En el caso de los textos científicos, su contenido atañe más directamente a los propios científicos, en tanto que los textos jurídicos no solamente conciernen a los *profesionales del derecho*, sino también al *ciudadano*.

Situación del lenguaje jurídico en Colombia

De acuerdo con la *Guía de lenguaje claro para servidores públicos de Colombia* (2015), uno de los fines del Estado es garantizar el goce efectivo de derechos y el cumplimiento de deberes de los ciudadanos, lo cual supone necesariamente que el Estado tenga la obligación de suministrar de forma clara, sencilla y moderna información acerca de trámites y servicios.

Actualmente, en Colombia se puede percibir que la mayoría de los textos jurídicos no son lo suficientemente claros para los principales interlocutores de estos escritos: los ciudadanos, que no deberían ser concebidos como sujetos pasivos, sino como personas que tienen derecho a saber *qué* se les ordena y *por qué* se les ordena; es la Justicia la que se debe poner al servicio del ciudadano y no el ciudadano al servicio de la Justicia.

Sin embargo, en este contexto, para ser más precisos, uno debería preguntarse qué se entiende por *lenguaje claro*. La PLAIN (*Plain Language Association International*, en español, Asociación Internacional para un Lenguaje Claro) sostiene la idea de que un lenguaje es claro si cumple con los siguientes parámetros:

They need to find it easily (la audiencia logra encontrar fácilmente la información que necesita), *understand it the first time hear or read it* (entiende la información la primera vez que la oye o la lee) and *be able to use what they have learned to meet their needs* (y es capaz de usar lo que encuentra para satisfacer sus necesidades).

Por su parte, la Secretaría de la Función Pública de México lo define de la siguiente manera: “Lenguaje claro es la expresión simple, clara y directa de la información que los ciudadanos y los servidores públicos necesitan conocer”.

No obstante, las leyes no solamente deben ser escritas con claridad suficiente para que los ciudadanos las entiendan, sino que también deben ser interpretadas según el sentido propio de sus palabras, forjado por el uso común (*Non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debent*, “Las palabras no deben interpretarse de acuerdo con las opiniones de cada uno, sino de acuerdo con el uso común”).

Un ejemplo de la poca claridad que existe en el lenguaje jurídico colombiano es el caso del léxico técnico empleado en las tutelas en las que se utilizan vocablos tales como *accionante* y *accionado*. Con base en lo anterior, surge la siguiente pregunta: ¿Será que un ciudadano colombiano promedio, sin un conocimiento del lenguaje jurídico, logrará comprender estos términos y otros que aparezcan en los documentos? Lo más seguro es que no y, además de todo, tendrá que recurrir a un tercero para que le ayude a comprender estas palabras.

Por otro lado, el ciudadano debe asumir el reto de enfrentarse a unos párrafos de longitud exagerada, conocidos como *párrafos unioracionales*, esto es, estructuras que no se encuentran fragmentadas, sino que se presentan en un solo bloque y que exigen del receptor un gran esfuerzo para comprenderlos. Curiosamente, a veces, el afectado no es solamente el ciudadano, sino también los propios profesionales del derecho.

Según *El libro de estilo de la Justicia* (2017), otro de los factores que causa problemas en la comprensión del texto jurídico es la referencia completa a citas legales largas y a la jurisprudencia reiterativa; dado que rompen la secuencia de la redacción, hacen pesada la lectura y distraen la atención.

Con respecto al uso de tiempos, se puede ver que actualmente muchos profesionales del derecho aún emplean el futuro imperfecto y perfecto del subjuntivo; por ejemplo, *El funcionario que incurriere* o *El funcionario que hubiere incurrido*. En realidad, se trata de dos tiempos que prácticamente cayeron en desuso en la lengua española y que únicamente aparecen en los códigos, en la Biblia, algunos libros de derecho y se oyen de vez en cuando en el proverbio *A la tierra que fueres, haz lo que vieres*.

Una propuesta de solución para usar estructuras gramaticales más modernas que se ajusten más al lenguaje natural de nuestra época sería: *El funcionario que incurra* o *El funcionario que haya incurrido*.

El lenguaje jurídico también se caracteriza por el empleo de construcciones verbosas, esto es, por una abundancia de palabras para expresar las ideas, por ejemplo, en lugar de decir “Vamos a iniciar”, el abogado muchas veces preferirá:

“Vamos a dar inicio”. O, en vez de decir “No me han respondido”, en varias ocasiones optará por decir “No me han dado respuesta”.

Cabe aclarar que, de ninguna manera, las anteriores frases verbosas se consideran incorrectas, pero sí, desde el punto de vista lingüístico, contravienen las normas de la economía del lenguaje: “Las leyes no deben emplear más palabras que las estrictamente necesarias”.

Además de lo anterior, aún perviven en el lenguaje jurídico actual latinismos de difícil comprensión para el ciudadano del común: *sub iudice, ab intestato, motu proprio, animus necandi, ius variandi*, entre otros, pero que, en realidad, solamente deberían usarse cuando se trate de una audiencia que logre comprender este tipo de términos o, simplemente, reemplazarse por términos más comunes en español.

Por otro lado, es muy común que el profesional del derecho les atribuya a las palabras significados que no les corresponden; que, aparte de ser poco comprensibles en el lenguaje común, se usan de manera inapropiada, por ejemplo, muchos abogados emplean frases como *El juez se abrogó un derecho que no le correspondía*, en lugar de *El juez se arrogó un derecho que no le correspondía*. *Abrogar* significa ‘abolir, derogar’ y *arrogarse* quiere decir ‘atribuirse, adjudicarse’.

Todos los ejemplos descritos ilustran la dificultad del lenguaje que emplean muchos juristas y que impiden que el ciudadano tenga total claridad de cómo debe ejercer sus derechos y cumplir con sus deberes. Como diría Montesquieu en *Sobre el espíritu de las leyes: Quand le style des lois est enflé, on ne les regarde que comme un ouvrage d'ostentation*, “Cuando el estilo de las leyes es pomposo, se les concibe como una obra de ostentación”.

Conclusiones

- Para lograr comunicarnos en un lenguaje más moderno, claro y sencillo es importante que los juristas tengan, desde su formación inicial, una asignatura en el plan de estudios que los ayude a mejorar su expresión escrita en el ámbito jurídico, dado que, de acuerdo con mi experiencia como docente, una vez adquiridas ciertas malas prácticas de redacción, será más difícil que los profesionales del derecho se logren desprender de estas.
- Los abogados y los expertos en lenguaje deben trabajar conjuntamente desde las distintas instituciones donde laboran, tales como escuelas judiciales, facultades de derecho, departamentos de lingüística, ya que, para un proceso de modernización del lenguaje jurídico es necesario tanto el conocimiento del derecho como el conocimiento de la lingüística.
- Los profesionales del derecho deberían hacer el esfuerzo de adaptar los términos técnicos del lenguaje jurídico a un lenguaje comprensible que esté

más de acuerdo con el léxico del ciudadano del común; deberán, igualmente, evitar al máximo las expresiones en desuso, como ciertos latinismos, siempre y cuando no sean necesarios, así como todas las palabras que impidan la transmisión de los mensajes.

- No se deben emplear párrafos demasiado largos, puesto que hacen perder al lector el hilo del discurso y lo cansan mentalmente.
- Si bien los juristas deben utilizar muchas citas textuales para dar respaldo a lo que dicen, no es recomendable transcribirlas completamente, sino que deben recurrir a otros medios tales como las notas al pie de página o los corchetes.

Referencias bibliográficas

- Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Guía de lenguaje claro para servidores públicos de Colombia*. Bogotá, D. C.
- Montesquieu. (1741). *De l'esprit des lois*.
- Real Academia Española. (2017). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa.
- Real Academia Española. (2017). *Libro de estilo de la Justicia*. Madrid: Espasa.
- Real Academia Española. (2005). *Diccionario Panhispánico de Dudas*. Madrid: Espasa.

Vacíos jurídicos de la maternidad subrogada en Colombia²

Diana Paola Trujillo León³

*Si uno no pelea en la vida para ser feliz,
¿qué sentido tiene la vida?*

PEPE MUJICA

En primer lugar, se empezará por dilucidar el concepto de familia, tanto etimológica como jurídicamente, y qué personas la componen dentro de la sociedad. En segundo lugar, se explicará cómo se concibe la maternidad subrogada o maternidad sustituta en Colombia y, así mismo, se determinará cuáles son las posturas sociales frente a la práctica de esta técnica de reproducción asistida. Finalmente, se planteará cuál sería la solución más viable para proteger los derechos fundamentales de las personas que recurren a este método.

La familia en Colombia y su composición

La palabra *familia* proviene del latín *familia*, de *famulus*, derivado de *famel*, que significa 'siervo, esclavo', asociado a la raíz *fames* 'hambre'; en este sentido, el término se refería al conjunto de personas que se alimenta en una misma casa y al que un *pater familias* tenía la obligación de alimentar.

Después de haber aclarado el término desde un punto de vista etimológico, se analizará el concepto a partir de su perspectiva jurídica. Ante todo, teniendo en cuenta los continuos cambios que se generan en el nivel de vida de las

2 Esta ponencia es parte del trabajo de investigación de la autora, llevado a cabo en de la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Libre.

3 Abogada de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Procesal de la misma institución, con Diplomado en Nuevas Tecnologías para la Educación Superior. Ha sido docente de derecho en la Universidad Militar, la Corporación Universitaria del Meta y la Universidad La Gran Colombia.

personas, así como sus costumbres y su desarrollo, cabe preguntarse sobre la concepción actual de la palabra *familia* y quiénes forman parte de ella, puesto que el significado de este término dependerá en gran medida de las creencias y visión de mundo de cada sociedad.

Por lo general, se ha observado a la familia desde una óptica tradicional de familia nuclear heterosexual y matrimonial; sin embargo, de acuerdo con los cambios históricos, en la actualidad se puede hablar de familias monoparentales, de otras unidas por el vínculo del matrimonio, o de una unión de hecho reconstruida de varias composiciones familiares: la homoparentalidad, la coparentalidad⁴, entre otras.

La Constitución Política de Colombia consagra actualmente la concepción de familia en los artículos 5, 42 y 44, donde esta se considera una institución básica de la sociedad y principio fundamental de nuestro Estado Social de Derecho, ligada directamente a la unión y "decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio"; de igual forma se contempla en el artículo 113 del Código Civil.

Sin embargo, en nuestra sociedad, lo expresado por la Constitución Política no se cumple al pie de la letra; puesto que lo que realmente ocurre en el caso de muchos ciudadanos es que tienen una familia sin la intención de procrear, en oposición con aquellos que sí contemplan ese fin esencial, pero no pueden cumplir esta meta por motivos naturales y externos a su consentimiento, o aquellas parejas que por tener la misma orientación sexual no pueden procrear.

No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42, inciso 6, de la Constitución Política en el cual se estipula que los hijos concebidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, y que la Ley reglamentará la progeneratura responsable", la Corte Constitucional, en Sentencia CS6359-2017 de 10 de mayo de 2017, establece que hay una ausencia normativa frente al desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida y, aún más grave, frente al estado civil de las personas fruto de esas técnicas. Con respecto a ello, hasta que no exista un pronunciamiento expreso del Congreso de la República ante este tema, las interpretaciones y alcances del artículo 42 deben extenderse a las disposiciones civiles relacionadas con este asunto, que aún siguen siendo limitativas y violatorias del derecho a la igualdad.

4 La coparentalidad, entendida como "(...) un acuerdo entre dos personas de sexo opuesto, sin relación matrimonial alguna, para concebir un hijo y donde establecen cual será el régimen de participación de cada uno en la crianza del menor. En Francia, donde existe una gran experiencia al respecto, las parejas de lesbianas se ponen de acuerdo con una pareja de gays. Uno de los hombres dona el semen para que una de las mujeres quede embarazada. Los métodos de concepción van desde el clásico coito hasta la inseminación "casera". Las parejas establecen, por acuerdo privado, los límites de esta custodia compartida, que pueden ir desde la no participación hasta establecer un régimen de visitas. Hay casos de parejas que han ido a vivir al mismo vecindario para facilitar la crianza del hijo o hija". <http://www.enfamilialg.com/parejas-homosexuales-como-tener-hijos/coparentalidad/>

Por tanto, se tiene presente, e incluso la Constitución así lo reconoce, que, con el fin de conformar una familia, surgen nuevas técnicas de reproducción humana asistida, como el tratamiento de la maternidad subrogada; sin embargo, estas técnicas aún son vistas, no solo en Colombia, sino a nivel mundial, como moralmente ilícitas y totalmente contrarias al matrimonio y a la persona en sí. Así lo menciona Cano (2001):

Algunas doctrinas afirman que las nuevas técnicas alternativas en reproducción asistida (inseminación artificial, fecundación *in vitro*, donación de gametos, maternidad subrogada, etc.) resultan ilícitas y antijurídicas; por el daño moral al hijo que nace como producto de estas técnicas; por el daño a la familia, pues constituyen un factor disolvente de su base natural biológica; y por el daño a la sociedad, ya que los individuos no estarían vinculados entre sí por lazos afectivos basados en el parentesco de la sangre” (p. 65).

Maternidad subrogada o sustituta en Colombia

Son varias las denominaciones que se le han dado a la maternidad subrogada o maternidad sustituta a nivel mundial. En muchos países se ha conocido como *alquiler de vientres*, *contrato de gestación*, *maternidad contratada* o *gestación subrogada*; en Colombia ha sido conocida como *alquiler de vientre* y definida por la doctrina tal como establece Gómez Sánchez (1994, p. 136):

El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido, a favor de otra mujer que figurará como madre de este.

Así mismo, la Corte Constitucional, en el primer precedente que se tiene frente al contrato de maternidad subrogada, en Sentencia T- 968 de 2009, estipula que, ante los diferentes casos y la gran atención que se le ha comenzado a prestar actualmente a este tema no solo en Colombia, sino a nivel mundial, existe la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones”, como problemas físicos y fisiológicos de la pareja, gametos diferentes de los de la mujer que alquila el vientre, mayoría de edad, entre otros.

En Colombia, tal y como lo han establecido varios doctrinantes y las altas cortes, esta práctica no está ni regulada ni permitida ni prohibida; por lo que se hace necesaria una regulación pertinente sobre el tema con el fin de proteger los intereses de los recién nacidos y dejar de convertirla en un constante negocio.

En relación con las TRHA (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), la Corte Constitucional, en Sentencia CS6359-2017 de 10 de mayo de 2017, cita

algunas técnicas de reproducción humana asistida, pero solo con respecto al caso susceptible de recurso de casación hace referencia al procedimiento de procreación asistida mediante inseminación artificial homóloga, procedimiento en el cual una persona aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción, y a la inseminación artificial heteróloga, procedimiento en el cual una persona anónima o conocida ofrece sus gametos a otra que no es su pareja, también con fines reproductivos.

De esta manera, se determina, con los mismos antecedentes jurisprudenciales de la Corte, de 2013, que este tipo de procedimientos es válido para una mujer casada, previo consentimiento de su marido, y se concluye que la presunción *pater is est*, prevista en nuestro ordenamiento jurídico (art. 213 del Código Civil) considera iguales a los hijos concebidos mediante inseminación artificial, con la aprobación del cónyuge o compañero permanente.

No obstante, queda el vacío frente a la posición que ejerce la Corte ante los otros métodos de TRHA; como la Fertilización *In Vitro* con Transferencia de Embriones (FIVET), la transferencia intratubárica de gametos y la maternidad subrogada.

Existen bastantes dudas sobre los planteamientos de la Corte; por ejemplo, al centrar solo su tema, frente a la presunción de paternidad, en la aplicación de estas TRHA, y no establecer nada con respecto a la maternidad, ¿sigue completamente vigente la presunción de maternidad? En otra época era impensable desvirtuar o contradecir la presunción de maternidad y, en efecto, en muy estrecha relación con los adagios de nuestros padres, “los hijos de mis hijas, mis nietos, son los hijos de mis hijos, son o no”.

Por lo tanto, en Colombia se presume como madre a aquella que da a luz, es decir, aunque pueden presentarse varias personas como partícipes en la concepción de una nueva vida (sin importar la manera como se desarrolla la práctica de estas TRHA ni de dónde provenga el material genético, si de la madre delegada o de un donante), el derecho ampara, bajo la presunción de maternidad, a la madre biológica, lo que deja varias incógnitas relativas a los derechos y obligaciones recíprocas entre las madres, los padres, o entre estos y el futuro bebé.

Por otro lado, en Sentencia STC20614–2017 del 6 de diciembre de 2017, magistrada ponente Margarita Cabello Blanco, se consagra de manera exhaustiva que, aunque en Colombia no se haya reglamentado la práctica y desarrollo de esas TRHA, sí se debe garantizar, de acuerdo con los convenios internacionales ratificados, que, por ende, forman parte del bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 93 de la Constitución Política:

(...) la obligación de garantizar la prerrogativa a la libre reproducción humana, el derecho de autonomía de la persona en lo que se refiere

a la facultad de adoptar decisiones acerca de los procedimientos de reproducción a que busque recurrir, entendidos que convergen, a su vez, con la temática de protección a la unidad familiar, el libre desarrollo de la personalidad, la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos (...), siendo de este modo que los jueces deben ejercer, para efectos de proteger esas garantías, un control de convencionalidad, además del de constitucionalidad, y analizar si se deben aplicar a un caso en particular las normas de la Convención Interamericana y su jurisprudencia.

Por ejemplo, por el hecho de que Colombia pertenezca a la Convención Americana de Derechos Humanos, se deben tener presentes las consideraciones que sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica*, en Sentencia del 28 de noviembre de 2012, la cual se basa en una conexión directa de varios derechos fundamentales entre sí, respetados y protegidos por la Convención Americana; como manifiesta esta corte en relación con el caso en particular: “La vida privada se relaciona con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y, específicamente, los derechos reproductivos de las personas”. Asimismo, la corte estipula:

El derecho a la vida privada se relaciona con los siguientes aspectos:

i) la autonomía reproductiva y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (...).

De igual forma, la corte declara que “la protección de la vida privada incluye el respeto de las decisiones de ser padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

En Colombia, contrariamente a lo dispuesto por la Corte, no se ha legislado nada sobre el tema, se vislumbran varias posiciones en la sociedad y las que más prevalecen son las religiosas, en donde la maternidad subrogada afecta la maternidad responsable y la fidelidad matrimonial; además, vulnera la dignidad del *nasciturus* y causa toda una ruptura en los elementos de la familia, así como una agresión contra el cuerpo:

La Iglesia Católica considera inmoral cualquier tipo de fecundación extracorpórea, se opone así al control autónomo de la propia sexualidad y de la propia reproducción; la fecundación artificial fuera o dentro del matrimonio, pero producida por el elemento activo de un tercero, es considerada inmoral o antijurídica” (Cano, 2001, p. 64).

Igualmente, existen varias posiciones contrarias a la práctica de la maternidad subrogada, como las conservadoras, y las de un sector del feminismo, donde se determina que hay efectos o consecuencias que podrían ser perjudiciales para

la salud de la madre gestante, y se establece que la mujer podría convertirse en un objeto del comercio, y también los bebés, que podrían ser objeto de trata de personas; y que, por esta misma razón, podría existir la explotación del ser humano y la violación de los derechos fundamentales.

Al respecto, en Colombia encontramos el Proyecto de Ley n. ° 88 de 2017 (Ley Lucía), que pretende reglamentar la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y otras disposiciones, en el cual se establece solo el uso del alquiler de vientre de manera solidaria, y ante la asistencia de unas causales:

Artículo 27. Uso solidario del vientre. Sólo se podrá recurrir al vientre de una mujer, de manera sustituta, cuando este uso sea solidario y a fin de reemplazar artificialmente la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufre de esterilidad por algunas de las siguientes causas:

- a) Ausencia congénita de útero
- b) Antecedentes de histerectomía
- c) Presencia de útero patológico y no apto para recibir embriones

Además de todas aquellas condiciones médicas que argumenten patología física que le impidan el desarrollo de un embarazo normal.

Ahora bien, las estipulaciones previstas en este proyecto de ley, así como las consideraciones de las altas cortes, no ofrecen una solución efectiva a los posibles problemas derivados de este tipo de contratos de maternidad subrogada ni al desarrollo de estos contratos. Por lo anterior, surgen diferentes preguntas como las siguientes:

- ¿Cómo se estipula la responsabilidad de las partes ante embarazos múltiples y de alto riesgo?
- ¿Qué sucede si los padres contratantes mueren durante la gestación?
- ¿Qué ocurre si la madre sustituta muere durante la gestación?
- ¿Debe modificarse la presunción a la maternidad que existe en nuestro país?
- ¿Qué sucede si el bebé tiene malformaciones?
- ¿Qué consecuencias tiene consigo el hecho de que la madre sustituta aborte?
- ¿Qué ocurre si los padres contratantes ya no quieren recibir al bebé?
- ¿Estos contratos de maternidad subrogada son lícitos?
- ¿Pueden utilizarse estos tipos de contratos para fines diferentes a los derechos de reproducción, por ejemplo, para una trata de niños?
- De acuerdo con el derecho a la igualdad, ¿se permite el contrato con extranjeros, solteros o parejas del mismo sexo?

En el contexto internacional aceptado por muchos países, en cuanto al desarrollo o trámite de la maternidad sustituta o subrogada, se desliga todo el "proceso gestante", en el cual una cosa es la gestación y otra muy diferente

la fecundación y el parto; por lo cual ya están incorporando en su legislación interna un cambio en los modelos de familia y sus componentes, ya que estos son completamente culturales, sobre todo cuando se atacan valores, basándolos en la moralidad, tal y como expone Cano:

También existe una opinión generalizada en contra de la maternidad subrogada, se argumenta lo siguiente: introducir una tercera persona en el proceso de procreación constituye un ataque contra los valores fundamentales, la procreación humana debe limitarse a las relaciones de amor recíproco de dos personas (2001, p. 63).

En este sentido, entra a regularse una serie de derechos que bien podríamos denominar *naturales, reales y potenciales*; donde los sujetos que participan en el proceso de procreación tendrán derechos, como el derecho a la vida, la igualdad, la confidencialidad, la procreación misma, entre otros, y con respecto a los cuales se presentan diferentes problemas ético-morales que deben ser analizados por nuestros legisladores.

Así mismo, surge la necesidad de que el Estado se pronuncie ante un ordenamiento jurídico que abarque todos los criterios científicos, sociales, jurídicos, culturales, éticos y religiosos, teniendo en cuenta todos los postulados internacionales y constitucionales; o, de lo contrario, se llegaría a manipulaciones y saqueos de recursos genéticos que se negocien y de los cuales no se haga un uso adecuado.

De igual forma, la falta de regulación en esta materia de contratos de gestación o alquiler de vientres genera diferentes inconvenientes en todo el campo de la legislación civil, e incluso causaría problemas de orden penal y constitucional.

Por otra parte, tanto los planteamientos propuestos en las sentencias como los del proyecto de ley mencionado vulneran de manera tajante el derecho a la igualdad de las personas, y limitan la práctica de estas TRHA para unos casos especiales y, directamente, para parejas heterosexuales y mujeres que sufran de los tres tipos de esterilidad descritos.

Además, se encuentra presente el tema político, social y cultural del país, que no permite legislar acerca de este problema, y la intervención de la Iglesia; por ello, es importante investigar e informar a las personas sobre las consecuencias e implicaciones de la maternidad subrogada para la protección de sus derechos, que sólo han sido examinados por la Corte Constitucional colombiana de manera global y sin mucha profundidad.

Protección de los derechos fundamentales de las personas que acuden a estas prácticas de maternidad subrogada

Para concluir, se determina que debe legalizarse la maternidad subrogada con el fin de salvaguardar los derechos sexuales reproductivos, sin discriminación alguna, protegiendo la legítima aspiración a procrear y a tener una familia, los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y familiar, la salud sexual y reproductiva, el derecho a la integridad física y mental, el derecho a la igualdad.

Asimismo, esta legalización se hace necesaria con el propósito de evitar el comercio y el denominado turismo reproductivo; puesto que, ante la falta de regulación de la práctica de la maternidad subrogada, también se afectan de manera directa los derechos del menor, producto de las TRHA realizadas dentro y fuera de Colombia, como la determinación de la filiación, la patria potestad, la nacionalidad, el derecho a la identidad, el acceso a prestaciones sociales y todos aquellos efectos de derechos y obligaciones derivadas de la responsabilidad parental.

Igualmente, como se mencionó, Colombia no puede ser ajena a los tratados y convenios internacionales suscritos; por tanto, debe promover los mecanismos necesarios para darles aplicación inmediata a todas las disposiciones, parámetros y principios previstos en la Convención Americana para proteger derechos humanos.

Por ende, al regularse todos los aspectos de la maternidad subrogada, insisto, sin discriminación alguna, se busca proteger los derechos humanos tanto de todas las personas que desean acceder a estos métodos científicos como de aquellas que intervienen en el desarrollo de esta práctica y, sobre todo, del futuro bebé; también se busca disminuir y, por qué no, eliminar el comercio de mujeres y niños resultado de estas formas de reproducción asistida, por cuanto, al igual que el expresidente Pepe Mujica, considero que “vale la pena luchar para que la gente pueda vivir un poco mejor y con un mayor sentido de igualdad”.

Referencias bibliográficas

- Cano Fernández, Hilda María. (2001). La maternidad subrogada en el derecho colombiano. Medellín: Universidad de Medellín. Trabajo de grado Facultad de Derecho.
- Charlesworth, Max. (1996). La bioética en una sociedad liberal. Cambridge. S. E.
- Corte Constitucional. Sentencia CS6359-2017 del 10 de mayo de 2017. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Constitucional, Sentencia C-577 del 26 de julio de 2011. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- Corte Constitucional. Sentencia T-968 del 18 de diciembre de 2009. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.
 - Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de septiembre de 2009. Magistrado ponente: Enrique Gil Botero. Actor: Elvia Rosa Arango y otros contra Nación-Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional. Citada en Sentencia T-572 de 2009, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - Convención sobre los Derechos del Niño
 - Decreto 1546 de 1998
 - Gafo, Javier. Nuevas técnicas de reproducción humana. *Biomedicina, ética y derecho*. pp.89-102.
 - Gómez Sánchez, Yolanda. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.
 - González de Cancino, Emilssen. (1995). Los retos jurídicos de la genética: Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 - La tribuna del Derecho. (24 de Julio de 2009). Entrevista sobre la gestación por sustitución, realizada a la doctora Patricia Alzate Monroy.
 - Lledó Yague, f. El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo en la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco.
 - Lema Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico". En: Reyes, Alma Arambula (agosto de 2008). *Maternidad subrogada*. México: Servicio de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior.
 - Ley 46 de 2006
 - Ley de Infancia y Adolescencia
 - Meneses Ortiz, Luis Henry; Corcho Cásseres, Aurelio y Zambrano Nacaza, Zenaida. (2007).
 - Efectos legales de los procedimientos de fecundación humana asistida heteróloga cuando no existe consentimiento del marido o compañero permanente. Bogotá: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia.
 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23
-
- Proyecto 029 de 2003
 - Proyecto de ley 47 de 1998
 - Proyecto de Ley 67 de 1990. Anales del Congreso, 5 de septiembre de 1990
 - Proyecto de Ley 80 de 1989. Anales del Congreso, 29 de septiembre de 1989
 - Spar, Debora L. (2006). *Baby Business*. Como el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad. Barcelona: Ediciones Urano.
 - Taboada, Leonor. La maternidad tecnológica. En: Lema Añón, Carlos. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico*.
 - Warnock, Mary. (2004). *Fabricando bebés ¿existe un derecho de tener hijos?* Barcelona: Editorial Gedisa.

- http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/006_Panetta.pdf
- <http://www.enfamilialg.com/parejas-homosexuales-como-tener-hijos/coparentalidad/>

La plenitud del orgasmo: la experiencia de la Ley en el sadista y el masoquista

William Felipe Guerrero Salazar⁵

El libre uso de lo propio es lo más difícil

FRIEDRICH HÖLDERLIN

Lo que me propongo hablar reviste, en lo personal, de una dificultad que será evidente para ustedes. Esta dificultad tiene que ver con un cierto pudor que tendré, quiéralo o no, que transgredir con las palabras que aquí quiero decir, pues de lo que hablaré, siendo lo más preciso posible, será del orgasmo. ¿Cómo podré yo hablar de esto sin atentar contra la ley púdica de las buenas costumbres al momento de referirme no solo al orgasmo, sino al cuerpo, en un espacio como este, fundamentado por la ley de la academia, del conocimiento, de la verdad? ¿Con qué derecho vengo yo a hablar de orgasmos y de su relación con la Ley en un congreso consagrado a la filosofía del derecho, a la ética y a la política? Solo podré decir, en torno a estas preguntas, que mi impudor violentará el pudor de quien me escucha, pues, recordando las palabras de Lacan, “entre dos, el impudor de uno basta para constituir la violación del pudor del otro” (2009, p.733). Este es el núcleo de la incomodidad que no dejará de darme problemas en las siguientes líneas.

Transgrediré no solo por el pudor, sino también por la lengua, dado que no me referiré únicamente al orgasmo como “la culminación de placer sexual”. No se tratará exclusivamente de eso; más bien, cuando hablemos aquí de *orgasmo*, habremos de tener siempre en mente la palabra griega *orgasmos*, que significa

5 Filósofo y Magíster en Filosofía de la Universidad de los Andes, lleva a cabo actualmente estudios de doctorado en derecho de la misma universidad. Profesor Investigador de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre.

‘totalidad’, ‘plenitud’. Esto porque, como veremos, el orgasmo tiene que ver con el goce, y el goce entendido en los términos de la mística española, el éxtasis religioso de los grandes místicos como Santa Teresa, Sor Juana Inés de la Cruz o Juan de la Cruz.

El goce, es ese el lugar de quiebre y de gravitación de toda esta intervención. Este vínculo, vulgarmente sobrentendido, entre el orgasmo y el goce es el tema que les propongo abordar. De aquí que el objetivo de esta ponencia, que no deja de encerrar cierta picardía, consista entonces en volver sobre la idea lacaniana de que la relación del sujeto con la Ley acontece, siempre, en una experiencia concreta con el goce; pero hay más de una experiencia, digamos, para evitar malentendidos, en donde se establece esta relación del goce con la Ley. En lo que nos atañe, en este momento específico, me referiré a dos experiencias bastante concretas: la del sadista y la del masoquista⁶.

¿Qué quiero lograr con esto? La respuesta es un poco sencilla: sugerir que la regulación del goce, por no hablar de su prohibición, es el lugar donde la Ley, la autoridad y el derecho operan. Si algo le da sustento a la Ley, y la Ley siempre en mayúscula, es la domesticación de lo que podríamos denominar el *goce perverso*. Eso es lo que quiero mostrarles, en una estela bastante reducida, para entender, desde el psicoanálisis lacaniano, la fundamentación, si se quiere, de la Ley y el límite que ella trae consigo.

Ahora, ¿qué es el goce? Esta pregunta tiene una gravedad que no podemos abordar del todo. Responderla adecuadamente equivaldría a volver sobre todo el corpus psicoanalítico lacaniano, pues el goce se inserta entre el deseo y el placer, entre lo imaginario, lo simbólico y lo real. El goce tiene que ver con el Otro, con el fantasma, con los grafos, matemáticas y nudos borromeos. Es por esto que me veo obligado, aquí, ante ustedes, a realizar una disección, un corte preciso al corpus lacaniano, que nos permitirá un ahorro de energía considerable, por cuanto ayudará a tratar el problema desde un ángulo un poco más cómodo. Así, con la precisión de un cirujano, aislaremos un párrafo, de una dificultad difícil de esconder, del seminario sobre la ética del psicoanálisis:

6 El problema de la Ley en la perspectiva del psicoanálisis es bastante complejo; sin embargo, esta dificultad no la podemos abordar en la presente ponencia. Aunque nos limitaremos, en lo que sigue, a desarrollar dos experiencias concretas en donde se relaciona el psicoanálisis con la Ley, podríamos preguntarnos en qué se fundamenta esta perspectiva de análisis. Para tomar un momento histórico, como origen de las preocupaciones que nos invaden ahora, cabe referirse a la pregunta que formularon, en los años 90 del siglo pasado, en *Cardozo Law School*: “¿en qué sentido, la emergencia del sujeto posmoderno, y el fenómeno más general de la posmodernidad, afectan la disciplina jurídica?” (García, 2017, p. 13). Frente a esta pregunta, que surgió de los seminarios impartidos por autores como Jacques Derrida, Drucilla Cornell, Slavoj Žižek, entre otros, se comenzó a pensar la relación entre el psicoanálisis y la “ciencia jurídica”. Esto no es de extrañar, en la medida en que, tanto Freud como Lacan, abordaron sus reflexiones en relación con el derecho. De allí que lo que proponíamos en este trabajo es justamente seguir por la vía que abrió el tratamiento de la Ley y del derecho en clave psicoanalítica para pensar el derecho desde una perspectiva que, en principio, parecería ser opuesta a lo que la tradición ha abordado. Con ello lo que buscamos es extender los problemas jurídicos a otros terrenos, ya que esto, a nuestro entender, enriquece la teoría y filosofía jurídica.

El problema del goce, en tanto que este se presenta como envuelto en un campo central, con caracteres de inaccesibilidad, de oscuridad y de opacidad, en un campo rodeado por una barrera que vuelve más que difícil su acceso al sujeto, inaccesible quizás, en la medida en que el goce se presenta no pura y simplemente como la satisfacción de una necesidad, sino como la satisfacción de una pulsión (Lacan, 2015, p.260).

El goce es la satisfacción de una pulsión, pero no estamos hablando de cualquier pulsión, porque existen varios tipos de pulsiones (agresiva, parcial, sexual, de autoconservación, de apoderamiento). No, en lo que se refiere al goce, hablamos de una pulsión particular, una que ayudará a entender, así lo espero, por qué he escogido estas dos experiencias con la Ley: el goce es la satisfacción de la pulsión de muerte.

Pero esta formulación sobre el goce nos pone en aprietos, nos sitúa ante el problema abismal del psicoanálisis. Si la pulsión es, como lo dijo Freud, en 1915, un concepto básico del psicoanálisis, entonces se debería leer el problema del goce en la misma vía que Freud abrió con sus estudios. Por eso se hizo necesario, para el padre del psicoanálisis, abordar lo que implica la pulsión: el empuje (*Drang*), la meta (*Ziel*), el objeto (*Objekt*) y la fuente de pulsión (*Quelle*). Es así como Freud, con respecto a la meta, asegura: "es en todos los casos la satisfacción que solo puede alcanzarse cancelando el estado de estimulación en la fuente de la pulsión" (Freud, 2010, p.118).

No obstante, estas palabras pueden prestarse a equívocos, dado que se podría decir que la pulsión está al mismo nivel de la necesidad, algo que es completamente falso. A la pulsión la abruma esta equiparación con el hambre, la sed o cualquier necesidad de un organismo sometido a los ciclos y ritmos del cuerpo; y como la necesidad se satisface, en la medida en que se elimine su fuente, entonces, la comparación con la pulsión podría estar justificada. Nada más erróneo y falso que esto.

La pulsión tiene que vérselas, por ser parte constitutiva de lo que Lacan llama la *demanda*, con la imposibilidad de su realización. De esta manera, la pulsión anima la repetición que los sujetos hablantes realizan, ya que nunca podrán satisfacer plenamente una pulsión. Así, en la demanda, para decirlo con propiedad, no hay orgasmo. Esto sucede porque la demanda siempre está del lado del otro, siempre se dirige a un Otro, siempre está subordinado a los caprichos ajenos. Por eso la pulsión tiene que ver con el orden de lo simbólico, lugar de la autoridad, del falo, de la Ley, y no con el registro de lo biológico. Esto lo explica, con magistralidad, Braustein:

La pulsión. Escapa al orden vital, lo desordena introduciendo en él el símbolo que ha tomado del Otro, cierra el camino a la satisfacción, consagrada a la incompletud, engendra la realidad y la cultura que la

engendra a ella, se engaña a través del yo en el generoso abrazo de objetos imaginarios, se arriesga a la lucha a muerte de puro prestigio (2005, p.16).

Desde aquí, las cosas comienzan a complejizarse, por lo tanto, trataremos de ir con cautela para no resbalar demasiado. La pulsión no se relaciona con la necesidad, sino con la demanda, aunque esta nazca, en su origen, con la necesidad. En este sentido, podemos plantear una proposición, en apariencia sencilla, que nos ayude a articular los problemas que estamos pensando: en el principio estaba la necesidad, luego la demanda.

Para Freud y para Lacan, el ser humano es un ser desamparado. El recién nacido no podría sobrevivir más que unas cuantas horas si no es por el auxilio del Otro. El pecho y todos los cuidados maternos devienen significante del amor y del deseo ajeno, pues el recién nacido relaciona los cuidados del otro como muestra de amor. Así, el nato vive en función de procurar ese amor que le viene del Otro. El auxilio del Otro es necesario para satisfacer las necesidades; pero, al mismo tiempo, origina el deseo de que el otro desee siempre atender a sus caprichos. De ahí la demanda, pues el niño deberá entender que su deseo solo podrá ser comunicado a partir de gritos, llantos, ademanes o palabras.

De esta manera, se comienza a estructurar la autoridad y la ley. El recién nacido, mientras va creciendo, se da cuenta de que sus necesidades no se van a satisfacer de manera inmediata como él quiere; se percata de que está por completo en manos del otro, se debe exclusivamente al otro para poder satisfacer sus deseos. Sin embargo, ante este hecho, el niño se enfrenta a la autoridad que regula sus deseos en el momento de estipular la primera ley: "podrás acceder al pecho a ciertas horas, en ciertos lugares. Accederás al pecho solo cuando yo quiera". No todo es generosidad en el Otro, se debe pagar un precio. "Si te portas bien, dirá la autoridad, si te comportas como debes comportarte, entonces yo cumpliré con satisfacer tus demandas". El sujeto, entonces, se da cuenta de que la necesidad se insta en el orden de lo simbólico; ya no de lo biológico, pues está supeditado a la ley que el Otro da para poder adquirir lo que él quiere.

Esto es relevante, dado que el goce, al ser parte de una pulsión y no de una necesidad, tendrá que vérselas con el capricho del Otro. Si podemos gozar, lo diremos adelantando la conclusión a la que quiero llegar, es gracias al Otro. El goce siempre será enajenado, en la medida en que estará siempre atravesado por la ley que viene del Otro. Los sujetos hablantes, para designarlos con las palabras más apropiadas, tendrán que entender que sus deseos siempre estarán en el campo de lo otro. Pero ¿cómo se llega a este punto?, y, más importante aún, ¿qué repercusiones tiene para los sujetos esta sujeción a la ley dictada por el Otro?

Para poder dar respuestas a esta pregunta, volvamos por un momento a la idea de que el goce es la satisfacción de la pulsión de muerte. Es este el intrínquilis del asunto, pues un vistazo al problema muestra una profundidad oscura y confusa. Ya

Freud, en *El malestar en la cultura*, hablaba de la pulsión de muerte, concepto que se establece en la revisión del principio de placer. En este texto Freud manifiesta la necesidad de controlar la pulsión de muerte para que exista la cultura, pues una de las funciones que esta tiene es mediar las relaciones humanas (2014, III).

Por lo anterior, se crean instituciones sociales como el derecho, cuya función será sofocar la pulsión de agresividad para que la cultura pueda desarrollar sus objetivos. La autoridad es, para Freud, y Lacan no está muy lejos de este punto de vista, la que ha de mantener a raya las pulsiones y deberá garantizar los mecanismos para su satisfacción adecuada. Pero esta satisfacción, valga la pena resaltarlo, nunca será plena, ya que el malestar de la cultura consiste, desde la perspectiva de Freud, en la renuncia a satisfacer plenamente las pulsiones. Citemos este último autor para ver con claridad el punto de inflexión que quiero matizar:

El poder de esta comunidad se contrapone, como derecho, al poder del individuo, que es condenado como violencia bruta. Esta sustitución del poder del individuo por el de la comunidad es el paso cultural decisivo. Su esencia consiste en que los miembros de la comunidad se limitan en sus posibilidades de satisfacción, teniendo en cuenta que el individuo no conocía tales limitaciones. El siguiente requisito cultural es, entonces, la justicia, o sea, la seguridad de que el orden jurídico ya establecido no se quebrantará para favorecer a los individuos [...] El resultado último debe ser un derecho al que todos (al menos todos los capaces de la vida comunitaria) hayan contribuido con el sacrificio de sus pulsiones, y en el cual nadie (con la excepción ya mencionada) puede ser víctima de la violencia bruta (Freud, 2014, III).

Para que se establezca la cultura y el derecho debe existir un pacto: la renuncia de la satisfacción plena de las pulsiones. En este sentido, la cultura tiene una máxima fundamental: no tendrás orgasmos. En la cultura no puede haber orgasmos, en cuanto que esto implicaría que la pulsión de muerte se expandiera en los otros, haciendo que sea imposible, digamos, sin ambages, la vida en comunidad.

Por ello, es necesario que exista la autoridad, la Ley, que regule la satisfacción de las pulsiones. De allí que lo propio del orden jurídico sea establecer qué pulsiones son permitidas dentro de la sociedad y cuáles deben ser reprimidas por los individuos por el bien de la mayoría. Lo que subyace a la Ley, bajo este lente freudiano, es la necesidad de mantener a raya, de controlar y sofocar, las pulsiones de los individuos que pongan en riesgo la vida en comunidad.

Frente a este panorama, esta comunidad, garantizada por el orden jurídico, se establece como comunidad insatisfecha; en la medida en que lo más difícil para un individuo, como lo afirma Freud en *El malestar*, es la renuncia a una pulsión y a su satisfacción. Y esta insatisfacción es la puerta de entrada de la fábula, del sueño, de la alucinación, de la comunidad sadiana, la comunidad propuesta por el Marqués de Sade. Justamente, hay que confesarlo, después de haber afirmado que el goce

es la satisfacción de una pulsión, Lacan entra de lleno a abordar este punto desde el tocador de Sade. Es la experiencia sádica la que se contrapondrá, de manera tajante y radical, con esta comunidad de insatisfechos propuesta por Freud.

¿En qué consiste esta fábula? En la comunidad que satisface plenamente, sin límite alguno, sus pulsiones. Pero esto es engañoso, como trataré de mostrarlo, ya que no es posible esta pretensión porque implicaría una renuncia total al goce. Para probar esto es necesario adentrarse en un texto bastante complejo titulado *Kant con Sade*, en donde se pueden entrever las tensiones presentes en esta fábula.

El objeto de interés de Lacan en este texto es la *Filosofía en el tocador* de Sade. El *quid* del asunto, de donde se desprenden todos los espasmos que Lacan trata de pensar con este texto, es la máxima universal (máxima en el sentido más kantiano) que reglamenta el goce de la sociedad sadeana. Esta máxima, este imperativo fundamental, se sustrae a un derecho universal e incuestionable: "tengo derecho a gozar de tu cuerpo, puede decirme quienquiera, y ese derecho lo ejerceré, sin ningún límite que me detenga en el capricho de las exacciones que me vengan en gana saciar en él" (Lacan, 2009a, 730).

La máxima encierra humor negro, en el sentido en que, si tengo derecho a la satisfacción de mis pulsiones, entonces tengo el derecho de disponer del cuerpo del otro para mi propio y banal uso. Se necesita el cuerpo del Otro, se necesita al otro como cuerpo, puesto que la pulsión siempre se remite a ese Otro. Aquí el asunto se vuelca en un extremo incómodo: a la fantasía sadeana, para utilizar los términos lacanianos, no le importa que el otro acepte o no mis demandas, porque yo tengo el derecho, el derecho universal e inquebrantable, de utilizar el cuerpo del otro para saciarme en la plenitud de mis pulsiones. Esto es, en su crudo aspecto, la idea de la violencia bruta de la que hablaba Freud.

Gozar del cuerpo del otro es el problema que se encuentra en todo el centro de la experiencia de la Ley como la entiende Lacan; experiencia de la Ley, que, en el seminario sobre *La ética del psicoanálisis*, se expresa en términos bastante explícitos. Al abordar el problema del goce y de su transgresión en el terreno que hemos venido construyendo, Lacan se remite a una afirmación que se encuentra en *Juliette*, esta otra gran obra de Sade:

El acceso al goce se nos presenta de esta forma, el cuerpo del prójimo se fragmenta. Haciendo la doctrina de la ley del goce como pudiendo fundar no sé qué sistema de sociedad idealmente utópica, Sade se expresa de este modo en itálicas, en la edición de *Julietta* [...]: 'Présteme la parte de su cuerpo que pueda satisfacerme un instante, y goce, si eso le place, de la del mío, que le pueda ser agradable'⁷ (Lacan, 2015, 250).

7 En francés, las palabras de Sade tienen un tono mucho más fuerte, que se asemeja a la severidad de cualquier imperativo o ley: "*prêtez-moi la partie de votre corps qui peut me satisfaire un instant, et jouissez, si cela vous plaît, de celle du mien que peut vous être agréable*".

La experiencia de la Ley sadeana, de la ley del goce total del cuerpo del Otro, hace que se fragmente y transgreda la corporeidad de ese otro. Dentro del tocador sadeano no importa gozar del otro en tanto totalidad corporal, dado que solo se concentra en aquellas partes del cuerpo que pueden satisfacer las pulsiones más profundas. De la misma manera, como si existiera una igualdad absoluta, se está dispuesto a que el Otro fragmente el cuerpo propio. Paradójica ironía: bajo la Ley del goce sadiano todos son iguales, todos gozan de lo mismo, en cuanto se dejan gozar por el otro.

Aquí se configura la voluntad del goce que suele invocar Lacan frente a este tema espinoso. En *Kant con Sade*, pero también en su seminario sobre la *Angustia*, se estipula y radicaliza la voluntad de este individuo sometido al derecho al goce: “El deseo se presenta como voluntad de goce, sea cual sea el lado en el que se manifieste, ya sea del lado sadiano o del lado que llaman masoquismo” (Lacan, 2016, 164). El sádico actúa con el deseo de encontrar su goce en el cuerpo del otro; en ningún momento duda de que allí, en la extensión del cuerpo del otro, se encuentra el goce. Para él, es muy claro que el goce se halla en el cuerpo, no porque exista una autoridad, una ley que así lo dicta. Esta autoridad, dentro del tocador sadeano, es Dolmancé. Es él quien

organiza los cuerpos, el acceso a ellos, la forma como se deben extraer de ellos el goce y, por ende, el placer:

En este punto se concreta la fantasía y la mentira en la que descansa la comunidad sadeana. El sádico es un perverso, pues su actividad no está fundamentada en adquirir su propio placer ni es motivada por su propio deseo. Él cree que lo hace, está completamente convencido de ello. No obstante, lo que no quiere reconocer el sádico es que existe una ley, una autoridad, que no pone en tela de juicio. Una ley que le dice cómo se debe gozar. De esta manera, “el sujeto se hace instrumento del goce del Otro” (Lacan, 2009a, 747).

La pregunta relevante en este punto es si el sádico goza. La respuesta, que podría sorprender a oídos distraídos, es un rotundo no. La razón de esto es un tanto sencilla. Para que el sádico pueda hacer lo que él hace le es necesario fragmentar el cuerpo del Otro. El acceso al goce, por este camino, ha de segmentar, separar bajo el abrigo de este derecho al goce universal. El goce del cuerpo del otro es parcial: solo se goza el cuerpo del otro en cuanto x o y órgano, no como un cuerpo en su totalidad. De la misma manera, el sádico solo obtiene su placer, en la medida en que se concentra en x o y parte de su cuerpo. Por esta razón, no se produce realmente goce, ya que, si el goce se da en el cuerpo, solo se da en cuanto totalidad.

Esto sucede, como lo expresa Lacan en su discurso ante los médicos, porque “el cuerpo no se caracteriza únicamente por su dimensión de la extensión; un cuerpo es algo que está hecho para gozar, gozar de sí mismo” (Lacan, 2010, 92). He aquí

la diferencia, a mi entender, entre el placer y el goce: el placer solo es posible en cuanto localizado en un órgano; el goce es la satisfacción que se puede obtener en la posición del cuerpo como totalidad. De ahí que encontremos, de nuevo, el problema que ya hemos mencionado antes: en la experiencia sadiana del goce no hay orgasmo.

Entre estas dos experiencias encontramos al masoquista. Este es el último movimiento del que quisiera hablarles. La experiencia del masoquista, del verdadero masoquista, se halla en la novela de Sacher-Masoch, *La Venus de las pieles*. El masoquista, a diferencia del sádico, necesita de un contrato con el otro para poder constituirse a sí mismo, como masoquista, y, por ende, como sujeto gozante. ¿Cómo funciona esto? Tomaré un modo de acceso a este problema un tanto cómodo, pero, a la vez, incompleto, a saber, estableciendo de entrada las diferencias entre el sádico y el masoquista.

La primera diferencia se haya en que el masoquista reconoce abiertamente que se está bajo el dominio del Otro. En la relación masoquista con el goce y la ley no se enmascara la sujeción a la ley del Otro en una falsa libertad y autonomía, como sucede en el tocador sadeano. El contrato que realiza el masoquista con su dominadora expresa abiertamente este carácter fundamental: sin reconocimiento de la subordinación al otro no hay masoquismo. Véase, como ejemplo bastante particular, el contrato que firmó Sacher-Masoch con Wanda. Las palabras que allí se usan son de una claridad y una gravedad que, podría decirse, hablan por sí mismas:

Esclavo mío. Las condiciones bajo las que os tomo como esclavo y os permito estar a mi lado son las siguientes: renuncia completa e incondicional a vuestro yo. No tendréis otra voluntad más que la mía. Serás en mis manos un instrumento ciego, que cumplirá sin resistirse todas mis órdenes. Si olvidáis que sois un esclavo y no me prestáis incondicional obediencia en todas las cosas, tendré derecho a castigaros y a corregiros a mi gusto, sin que oséis quejaros de ello (Sacher-Masoch, p.182).

La autoridad, la ley, se presenta en su total desnudez. El contrato masoquista es el pacto, el inicio y fundamento de la ley que regulará el goce. El masoquista, así, sabe que no es más que un instrumento para satisfacer los caprichos del otro. Y eso no lo niega, no ve ningún problema en ello; por el contrario, le es esencial en su experiencia con su goce. Para gozar debe sujetarse a la Ley del Otro.

Segundo aspecto relevante: el crimen se entiende como la transgresión del contrato. Si quien se somete no cumple con los caprichos de dominador, entonces este tiene la potestad, el derecho, de castigar y corregir al dominado. La única limitación es que no se le puede dar muerte al esclavo. ¿Por qué? Porque el masoquista entiende algo que no comprende el sádico: solo el cuerpo vivo puede gozar. Así, en el tocador sadeano, el crimen no estaba en el asesinato del otro. Se

podía, abiertamente, y sin censura, acabar con el otro si eso satisfacía los placeres del otro. El único crimen es el suicidio, pues este atenta, de manera explícita, contra el derecho del goce universal. Si alguien se suicida en el tocador saditano, es un crimen imperdonable, porque se está privando a alguien de utilizar ese cuerpo como herramienta para alcanzar el placer. De esta manera, en la medida en que se estipula el contrato, se estipula, al mismo tiempo, el crimen que puede acaecer si no se cumple a cabalidad, letra por letra, lo que se ha firmado con el puño y letra.

Tercer punto fundamental: se renuncia a ser yo como la esperanza de poder acceder al goce. Este es un aspecto muy importante porque se contrapone a la experiencia sadista de la Ley del goce. Si el dominado renuncia a ser yo, es rebajarse a un mero objeto, un mero instrumento, con el objetivo, espero no se escandalicen, de constituirse como un cuerpo en su totalidad. Al dominador no le interesa x o y órgano del dominado, le es valioso por cuanto es un cuerpo que puede responder a sus demandas de manera inmediata; un cuerpo que solo en su totalidad puede ser útil para satisfacer los caprichos y deseos del Otro.

De la misma manera, el dominado no siente un placer situado en un órgano, sino que disfruta estar bajo el dominio absoluto del otro como herramienta, como totalidad, que puede disponer de él como le plazca. De esta forma, el masoquista está más cercano al goce que el sadista, porque se sacrifica como un yo para poder tener acceso a la totalidad de su cuerpo. Esta es la paradoja, el precio que debe pagar el dominado frente a este deseo de gozar.

De este modo, lo propio del masoquista no es el dolor, como se suele pensar de manera apresurada, como si el verdadero masoquista solo buscara el dolor por el dolor mismo. Lacan denuncia la simplicidad de esta lectura de una forma excepcional: "Se cree hallar la clave del sadomasoquismo en el juego con el dolor para enseguida retractarse y decir que, después de todo, solo es divertido si el dolor no llega muy lejos" (Lacan, 2016, 232). El verdadero masoquista busca gozar como cuerpo total, busca el orgasmo, aunque esto, hay que decirlo, no excluye el dolor. El dolor opera en la relación masoquista, pero este no la fundamenta; el dolor es un medio, no un fin.

Llegados hasta aquí la pregunta es la siguiente: ¿en realidad hay orgasmo en el masoquismo? La respuesta es negativa. Se dijo antes que el masoquista estaba más cerca del goce que el sadista. Esto es, en principio, verdad. No obstante, eso no quiere decir que el masoquista haya accedido a él, por dos razones fundamentales: la primera es explorada por Lacan en su seminario sobre la *Angustia*, y es, en términos bastante vagos, que el masoquista, aunque quiera acceder al goce, lo único que hace es ir detrás de la angustia del otro. El masoquista, al igual que el sadista, se basa en una fantasía, en creer que está tras el goce, pero, realmente va tras de la angustia que constituye al Otro. Este tema de la angustia, que Lacan ve en la relación del masoquista con el fantasma, es otra historia.

La segunda razón, que puede ser más clara a la luz de lo que aquí se ha venido desarrollando hasta el momento, es que el precio es demasiado alto: renunciar a ser sujeto hace que en realidad no se pueda gozar a plenitud. Para gozar se debe ser un sujeto que vaya más allá del principio de placer, más allá de su dolor, que conozca la ley que lo atraviesa como sujeto simbólico y pueda gozar de su propio cuerpo en un orgasmo que se repite cuantas veces sea necesario. Esto, no lo oculto, está más del lado de la fantasía del sádico y el masoquista. Es la fantasía lo que habría que entender, y analizar sus alcances y funciones en la relación entre la Ley y el goce, y todo lo que ella implica.

Sin embargo, quisiera concluir con algo muy particular que considero importante. Lo que está en el fondo del problema que aquí traté de esbozar es una cuestión fundamental: el estatuto de la propiedad de nuestros cuerpos y nuestro goce. Si, como lo entiende Lacan, solo se puede acceder al goce por medio del Otro, entonces la pregunta es bastante urgente y angustiada: ¿estoy hablando de mi cuerpo o este solo está consagrado al goce y disfrute del otro, ese otro del significante y de la ley que me despoja de la propiedad de mi cuerpo, que solo puede ser mío cuando consigo, de alguna manera, arrancárselo de la ambición y el capricho del otro? Esta pregunta se formulará en el terreno que abre Lacan, *Kant con Sade*, en el momento de hablar de la verdadera revolución del deseo. Parafraseándolo ahora podría quizá preguntarme, preguntarles, si la revolución acaso no debería procurar, por la liberación del goce, permitir que nos relacionemos con otros y con los demás en un orgasmo que no caiga en las experiencias de la Ley que aquí hemos transitado. Tal vez Hölderlin tenía razón al mencionar las palabras que inician este texto: quizá el libre uso de lo propio es lo más difícil de conseguir.

Referencias bibliográficas

- Braunstein, N. (2005). Las pulsiones y la muerte. *Collage*. En: *La reflexión de los conceptos de Freud en la obra de Lacan* (ed. Nestor Braustein) (pp.11-80). México: Siglo XXI.
- Freud, S. (2010). Pulsiones y destino de pulsión. En: *Obras completas, tomo XI* (pp. 107-134) (trad. José Luis Etcheverry). Buenos Aires: Amorrortu.
- Freud, S. (2010). El malestar en la cultura. En: *Obras completas, tomo XXI* (pp.59-140) (trad. José Luis Etcheverry). Buenos Aires: Amorrortu.
- García, J. (2017). El reverso de la tiranía: psicoanálisis y derecho para tiempos difíciles. En: *Psicoanálisis y derecho*. Pierre Legrendre y Peter Goodrich (trad. Jorge González Jácome). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Lacan, J. (2009a). Kant con Sade. En: *Escritos 2* (pp. 727-751) (trad. Tomás Segovia). México: Siglo XXI Editores.
- Lacan, J. (2009b). La subversión del sujeto y la dialéctica del deseo en el inconsciente freudiano. En: *Escritos 2* (pp. 755-787) (trad. Tomás Segovia). México: Siglo XXI Editores.

- Lacan, J. (2010). Psicoanálisis y medicina. En: *Intervenciones y textos 1* (trad. Diana Rabinovich). Buenos Aires: Manantial.
- Lacan, J. (2015). *Seminario 7 La ética del psicoanálisis*. (trad. Diana Rabinovich). Buenos Aires: Paidós.
- Lacan, J. (2016). *Seminario 10 La Angustia*. (trad. Diana Rabinovich). Buenos Aires: Paidós.
- *Sache-Masoch, L. (2014). La venus de las pieles (trad. Andrés Sánchez Pascual). Barcelona: Turquets Editores.*
- *Sade, M. (2016). La filosofía en el tocador (trad. Ricardo Pochtar). Barcelona: Austrial.*

Justicia global y crímenes transnacionales

Patricia Britos⁸

Universidad Nacional de Mar del Plata

Introducción

Este trabajo se ocupa especialmente del deseo de *justicia global* de algunas de las discusiones que se abordan, y de los obstáculos que los crímenes organizados transnacionales ponen para la defensa de los derechos humanos de los ciudadanos de todo el mundo. Asimismo, se intentará mostrar que el error en la apreciación de los problemas y la propuesta equívoca de soluciones tan solo empeora la cadena de injusticias y violación a los derechos. Por otra parte, es claro que el tema conduce a debatir, en lo que respecta a la problemática de género, dado que son las mujeres las que, en últimas, se ven más perjudicadas en casos de extrema conflictividad, lo que, por cuestiones etarias, las convierte en uno de los sectores más vulnerables de la sociedad, junto con los niños, los ancianos y los integrantes del colectivo LGBTTTI.

En la era de la globalización, pareciera que las fronteras nacionales se diluyen y la economía traspasa los límites políticos territoriales; al menos eso es lo que se suponía cuando apareció sorpresivamente esta nueva forma de relaciones económicas. Entonces, se deberían redefinir los términos de la política, repensar el derecho internacional y asimilar estos cambios en función de que se efectivice la transformación propuesta al nivel del ciudadano común –no sólo el de las instituciones globales–. El mundo ha cambiado, por ende, el derecho también debe cambiar. Es importante comprender las necesidades del ciudadano con el fin de resolver las problemáticas sociales y económicas; y al mismo tiempo evitar

8 Magíster en Ciencia y Filosofía Política de la Universidad del Mar del Plata, Doctora en Filosofía de la Universidad Nacional del Sur Argentina. Profesora de Historia de la Universidad del Mar del Plata.

los crímenes producto de la vulnerabilidad de las poblaciones que no gozan de buena calidad de vida.

Desde hace tiempo se viene presentando un gran movimiento de población entre los países con menos recursos o con problemas religiosos profundos (que también atraviesan por problemas de pobreza) y los países más ricos, es decir, Estados Unidos y los países poderosos de Europa. Además, desde el conflicto en Siria, se agudizó la necesidad de encontrar un camino hacia la paz y la prosperidad de las familias con suficientes recursos como para huir con ayuda de los traficantes.

Por lo tanto, una definición reciente como la de *justicia global* parecería no ceñirse a la riqueza-pobreza únicamente, sino también a la defensa de la integridad física y psicológica de los que se alejan de su país por el miedo a la muerte del que hablaba Hobbes en su *Leviatán*. La dificultad más relevante en el momento de proponer una justicia global es que no existe una institución global, organización de alcance internacional eficiente y efectiva que pueda garantizar los derechos humanos de forma total. La Organización de Naciones Unidas fue fundada en 1945, reemplazando a la Sociedad de Naciones, con la intención de que no se produjeran más guerras y que existiera un organismo internacional que velara por todos en aspectos como la economía, la educación, los derechos, etc. La intención fue buena, pero, por el momento, no ha llegado a ser herramienta suficiente para alcanzar la equidad y la paz.

En la obra de John Rawls, marco teórico donde se ubica este trabajo, y donde también se encuentra Thomas Pogge, quien trabaja arduamente en la discusión sobre cómo alcanzar la justicia global, parecería que no hay lugar para el problema de la inmigración no deseada, el tráfico y la trata de personas. En *Liberalismo político*, Rawls muestra su preocupación por la tolerancia y la convivencia entre personas de diferentes doctrinas comprensivas; sin embargo, no hace referencia al crimen organizado.

Volviendo al movimiento de poblaciones, es posible observar cómo este se ha convertido en el flagelo del siglo XXI, especialmente porque hay comunidades vulnerables que migran porque las condiciones para su bienestar y el de sus familias no están garantizadas en sus lugares de residencia. Además, los países más poderosos se niegan a recibir poblaciones empobrecidas porque afectan sus propias economías, y se produce un tránsito clandestino de personas, liderado por mafias que se aprovechan de esta situación. Aparte de que, debido a este problema, existe una desconfianza y una gran persecución hacia las masas vulnerables por parte de los organismos que deberían defenderlos. Finalmente, la estabilidad mundial no estará garantizada en el marco de la injusticia global.

¿Qué discute la justicia global?

Empecemos por la cuestión más teórica, el anhelo de que haya un mundo donde reine la solidaridad entre todos los seres humanos, entre nosotros y también hacia las personas no humanas, como algunos pretenden. Thomas Nagel (2008: 169) comienza su artículo "El problema de justicia global" diciendo que "no vivimos en un mundo justo". Así de sencillo, sin embargo, prosigue planteando que lo que parece mucho menos claro es el significado de la justicia a escala global y lo que se podría esperar de las instituciones globales e internacionales y de las políticas de los Estados que pueden afectar el orden mundial.

Para empezar a discutir la cuestión, parecen interesantes dos apreciaciones que se hacen respecto del pensamiento de dos filósofos como Hobbes y Rawls –con una gran diferencia cronológica entre ambos–: i) en un momento en que nadie siquiera podía predecir una problemática global como la conocemos actualmente, el primero desdeña una preocupación por la justicia global, por cuanto "una justicia global, sin un gobierno global, es una quimera" (Nagel, 2008: 170) y ii) ya en la contemporaneidad de la globalización, el segundo piensa que podría haber algo calificado como justo o injusto, aunque no sería de rango mundial; "principalmente, el ideal de un mundo justo para Rawls tendría que ser el ideal de un mundo de estados internamente justos" (Nagel, 2008: 170).

Eric Hobsbawm, al presentar el problema ambiental, hace hincapié en la dificultad más grande cuando se intentan implementar políticas públicas globales, la de la inexistencia de instituciones globales para enfrentar eficazmente los problemas del mundo. Este autor manifiesta lo siguiente:

La economía ha sido globalizada, así como la ciencia, la tecnología, el campo de las comunicaciones y de los conocimientos. No hay tendencia equivalente en la política. Las decisiones políticas siguen en manos de los gobiernos de los territorios reconocidos como estados soberanos –alrededor de 200 entidades, aunque la gran mayoría de estos casi no cuentan–. Lo que determina la situación del globo frente al milenio es la oposición entre globalidad económica y división política (1999: 4).

Por las dificultades que se presentan pareciera que habría que salirse de la lógica del contractualismo; al analizar teóricamente la necesidad de justicia para todos los ciudadanos del mundo. Sin embargo, ¿es posible dejar de lado la identidad nacional o la solidaridad de grupo en ciertos pueblos como para que se solidaricen con alguien ajeno a su realidad, con el agregado de que se hallan en una zona geográfica distante y hasta desconocida? Sería lo esperable, sería útil que cada persona se pusiera en el lugar del otro (si ese otro está sufriendo una injusticia) y alcanzara a sentir empatía como para solidarizarse con la víctima, al punto de estar dispuesta a hacer algo por ella. Para describir este tipo de relaciones entre personas, y no naciones, Nagel (2008: 183) afirma:

No requiere de nosotros que convirtamos en nosotros los fines de los demás; pero sí nos exige que persigamos nuestros fines dentro de límites que permitan a los demás perseguir los suyos, y también que los libremos de las amenazas y obstáculos extremos que les impiden ejercer esa libertad, si es que podemos hacerlo sin sacrificar seriamente nuestros propios fines.

El contrato social ha brindado herramientas analíticas muy importantes para proponer y evaluar las instituciones que rigen la política de las naciones. La metáfora de un estado de naturaleza donde se ve a los individuos con ciertas características que lo hacen enfrentar dificultades para convivir, en el caso de la teoría de Hobbes, o la visión de una persona que realmente vive en paz, aunque desea plantear ciertos límites al vecino o al grupo de personas que detentan el poder, conduce al planteamiento de fundar un estado que proteja a todos y cada uno de los ciudadanos. Todo esto con el acuerdo de todos y con el convencimiento de que esta propuesta llevará a una etapa de superación donde ya nada pueda dañar y se pueda acceder a una vida feliz.

Por supuesto, enfocarse casi exclusivamente en lo que nos rodea significa reforzar la xenofobia y la incomprensión de la realidad de otros grupos de personas. Porque el rechazo al extranjero, al que pertenece a otro grupo étnico o a otro territorio, expresa una forma de discriminación que, en muchos casos, termina convirtiéndose en odio. Todo esto proviene de la fuerte idea de nación que se sostiene desde la modernidad y que ha sido útil para generar una forma de vida que sólo puede subsistir con un sistema económico capitalista de gran competitividad a nivel internacional.

Sin embargo, detrás de la convicción de pertenecer a un grupo nacional no hay nada evidente; puesto que no existe parámetro suficiente para afirmar que en realidad los individuos pertenecen a una nacionalidad y no a otra. Entonces, el sentimiento que acompaña a los nacionalistas es el que proviene de la xenofobia, esa emoción que provoca alguien que no merece ser tomado como un par, sino como una persona sin derechos merecidos. Con respecto a la Guerra de Las Malvinas, Hobsbawn opina:

No obstante, la fuerza de los sentimientos que hacen que grupos de "nosotros" nos demos a nosotros mismos una identidad "étnica"-lingüística frente a los extranjeros y amenazadores "ellos" no puede negarse. Y menos todavía a finales del siglo XX, cuando se ha hecho una guerra insensata, en medio del entusiasmo patriótico general, por parte de un imaginario "nosotros" británico contra un simbólico "ellos" argentino por la posesión de un pantano y unos pastos en el Atlántico Sur, y cuando la xenofobia se ha convertido en la ideología más extendida entre las masas del mundo (1991: 180).

Es notable que, a través de la historia, se haya podido realizar un acuerdo dentro del marco de un pueblo, nación o grupo social y, sin embargo, nunca se ha logrado uno que alcance a todos los países del mundo o, al menos, a una buena cantidad de países; es más, todos los intentos probaron no ser realmente eficaces ni tampoco haber perdurado en el tiempo. Pensando en este problema, Thomas Pogge intenta superar estas limitaciones desde el liberalismo y responsabiliza a los países ricos por la suerte de los pobres. Y, como sostiene Puyol, “con la teoría liberal en la mano, los deberes del ciudadano con la humanidad superan así los límites tanto del Estado como de la mera asistencia humanitaria” (2012: 8).

Mala suerte, su incidencia en la migración

Si discutimos sobre el riesgo de violar los derechos humanos de los más vulnerables, hay diversas actividades ilegales o cerca de serlo, que tienen que ver con las poblaciones más pobres que se mueven para lograr su supervivencia. Es por esto que es indispensable discutir la cuestión del movimiento de poblaciones en riesgo y con necesidades insatisfechas, y determinar los motivos que llevan a alguien a mudarse a un lugar totalmente desconocido donde no se comparte ni el idioma ni la cultura –y donde generalmente será discriminado por el solo hecho de ser extranjero pobre–.

Se dice que existe una realidad en la cual nadie es responsable por características personales o por circunstancias que rodean su nacimiento o su propia vida. Todo esto se presenta ante nosotros y se transforma en desventajas para ciertas personas si se nace mujer, en lugar de varón; negra, en lugar de blanca; se padece una enfermedad crónica, en vez de ser completamente saludable; se nace en una zona marginal con extrema pobreza, en lugar de pertenecer a la clase más aventajada; se tiene un accidente grave o se pierde el empleo, a pesar de ser un trabajador ejemplar.

Se podrían agregar un sinnúmero de desventajas que describen una desigualdad de la suerte; en definitiva, se trata de “muy mala suerte”, se alcanza un estado no merecido. Si se tratara exclusivamente de un juego de azar, no sólo no seríamos los ganadores, sino, más bien, terminaríamos pagando el premio de nuestro propio bolsillo, cuando nunca nos habíamos comprometido a hacerlo. Es decir, los que han llegado a una situación desafortunada no causada por ellos mismos, sino que han llegado a eso por razones ajenas a su propia voluntad, deben ser ayudados para salir de ella.

No es el mismo caso de los que viven una vida descontrolada y terminan fracasando. Se trata de pensar en el problema de los que nunca tuvieron opción; analizando la emoción que conlleva este problema y haciendo énfasis en su inspiración aristotélica, se puede decir que “la persona no es totalmente culpable de su situación” (Nussbaum, 2006: 67).

Dignidad y derechos humanos

Por todo lo anterior, se debería trabajar en función del respeto de los derechos de todos los habitantes del mundo. Empecemos por los humanos –ya muchos están reclamando también por los derechos del resto de los animales– y reflexionemos sobre lo que significa que cada persona sienta que vive una vida digna. Para alcanzar esa dignidad cada uno tiene que gozar de ciertos derechos que lo lleven a tener la posibilidad de tomar decisiones. El que no dispone de una lista de opciones entre las cuales escoger carece de la libertad de elegir su estilo de vida y esto lo lleva a ser esclavo de su propia suerte. Si posee un conjunto de alternativas, se podría decir que desafía a la mala suerte y se sentirá protagonista de ese accionar que representa a su propio destino.

A pesar de la dificultad que Daniels ve en la idea de teoría de justicia a nivel internacional, considera que existe la necesidad de debatir sobre el tema y mostrar las injusticias –él las ve en lo atinente a la salud, en especial por ser su área de investigación– que pueden llegar a ser dramáticas. Este autor explica que, entre expectativa de vida de un niño angolano y uno noruego, la diferencia no la hace la falta de suerte, sino de justicia. Entonces, se suma a los cosmopolitas que buscan la igualdad de los individuos. Daniels se adhiere a los teóricos que, a diferencia de Rawls, piensan que hay que traspasar las fronteras y propugnar los derechos individuales de cada habitante del planeta.

El cosmopolitismo de los derechos humanos intenta alcanzar al ciudadano global y garantizarle, a través del derecho, con un efecto *erga omnes*, lo que nadie tiene derecho a quitarle, su dignidad por el solo hecho de ser persona. Por todo lo anterior, es importante recordar que el ciudadano global no va a depender estrictamente de su ser nacional; es casual que haya nacido donde nació y en las condiciones en que lo hizo. Y, para resarcir su falta de suerte, se le deberá compensar con capacidades o posibilidades que le estarán garantizadas mediante las políticas públicas de un estado que va más allá de las fronteras nacionales.

¿Cómo define la legislación a la trata y al tráfico de personas? ¿Quién es la víctima?

Dejando de lado por un momento la dificultad de una distribución en el mundo, nos referiremos al análisis de las injusticias provocadas debido al movimiento de poblaciones. Dicho de otra manera, se podría afirmar que las regulaciones que lidian con las migraciones, la trata y el tráfico de personas aparecen como una consecuencia de la previa desigualdad en el mundo. ¿Por qué alguien querría abandonar su familia para cruzar fronteras hostiles si no fuera por la gran necesidad de la escasez o de la falta de libertades y el peligro de la violación de garantías? Y, una vez cruzadas las fronteras, el destino no parece deparar mejores venturas.

La definición de *trata* es polémica, discutible (al menos como está descrita) y proviene de un activismo muy constante de ciertas feministas, ya desde la década del 80; de hecho, se intentó que el documento que se redactó se ocupara exclusivamente de mujeres y niños, sin tener en cuenta a los hombres. Esta inquietud se materializó en una discusión que terminó con la aprobación de un protocolo por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas. Este documento se conoce como el Protocolo de Palermo, lugar donde se firmó, en diciembre de 2000.

Es en el marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional donde se acuerda el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños; este se complementa con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. El secretario general, Kofi Annan, decía que “la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la Ley.” (2004: iv). Además de enfatizar en el hecho de que este tipo de crimen aparece en todas partes, se resalta la ventaja que los avances tecnológicos y una economía mundializada les han aportado a los delincuentes.

Ante el creciente movimiento de población, a finales de la década del 80, se ve la necesidad de averiguar sobre el alcance de la trata de personas; cuestión que hasta ahora resulta imposible. Aunque desde hace un largo tiempo se manejan cifras en ámbitos académicos y periodísticos, no hay estadísticas ciertas, debido a que este delito pertenece a un submundo delictivo de difícil acceso, así como al hecho de que hay un ligero límite entre la trata y otros delitos conexos.

Y, por último, los países poderosos han creado una protección muy importante para evitar recibir población vulnerable, esto es, la persecución de la trata de personas –especialmente la de mujeres con bienes de explotación sexual–. ¿Existe la trata? Sí. ¿Es más importante en el caso de la prostitución? No exactamente. ¿Se persigue más a los hombres y niños esclavizados o a las mujeres? A las últimas. ¿Es peor la esclavización de los varones que la de las mujeres? Ciertamente la de las mujeres porque se las viola y se las obliga a prácticas sexuales y esto es más humillante.

No obstante, ¿por qué sostengo que los países más ricos implementan una legislación internacional en contra de la trata sin un mínimo de solidaridad? En primer lugar, porque en la redacción del Protocolo de Palermo se hicieron presentes, en especial, las feministas de derecha que sostienen que la oferta de servicios sexuales es una forma de sometimiento y se oponen fervientemente a la comercialización de la actividad de la prostitución. Y, en segundo lugar, al parecer, existen motivos que subyacen a los de índole ideológica, sexual y de género: los países más ricos están muy preocupados por las masas migratorias –obviamente, en particular, por las ilegales– que cruzan sus fronteras y alteran la forma de vida de sus pueblos; esta situación trae consigo, en muchos casos, cierta xenofobia

que llevará, a la larga, a conflictos violentos difíciles de manejar. Los reclamos de los nacionalistas suelen hacer caer a los gobiernos.

A pesar de todo, no finaliza el debate sobre la trata y no hay definición consensuada (incluso dentro del propio feminismo); la dificultad que se presenta es la de la tipificación misma del delito en cada país. La confusión sobre el concepto mismo lleva, incluso a los legisladores, a crear un mito que lo único que hace es incrementar el gasto público –esto es un problema en países con escaso presupuesto nacional– sin atacar el delito en sí.

El fenómeno de la trata, como la víctima de trata en sí misma, de alguna manera, resiste o desvía la definición y la cuantificación. Esto es así porque, a pesar del amplio acuerdo entre las ONG y gobiernos, con respecto al predominio y severidad de la “trata”, los problemas de definición y cuantificación continuamente han obstaculizado los esfuerzos antitrata (Doezema, 2010: 5).

En toda investigación, se debe conocer, desde un principio, la dimensión del problema; las dificultades citadas no aportan en el intento de proponer una hipótesis de trabajo. Con respecto a cómo se definió el delito de trata en las reuniones previas a la firma del protocolo del año 2000, Melissa Dittmore (2005: 107) describe la discusión como una cuestión, en esencia, perteneciente al feminismo, con dos posturas muy marcadas que reflejan la dicotomía entre el abolicionismo y el regulacionismo.

La larga historia de la mencionada discusión se basa en la inquietud sobre el tema de la prostitución; dejando de lado la importancia de la “trata de personas” (TIP)⁹ para trasladarla a la “trata de mujeres” (TIW)¹⁰. Y, con respecto a la cuantificación de la trata, la misma Organización Internacional para las Migraciones (OIM) lamenta la falta de estadísticas en muchos informes (Doezema, 2010: 5). De hecho, esto no es extraño, dado que sería difícil determinar un número de personas tratadas en el mundo si desconocemos los motivos de su desaparición; únicamente se podría contar como cierta una estadística que informara sobre cuántas personas fueron encontradas y que probara su participación como víctima del delito. Y esto es cada vez menos probable.

La difusión de la trata con el mito urbano (mundial) de la camioneta blanca que secuestra jóvenes en la calle para obligarlas a ejercer la prostitución ha provocado una gran cantidad de relatos no verídicos. Además, es muy borrosa la línea que separa el delito de proxenetismo del de trata, se hace difícil reconocer cuál de estos tenemos delante. El primero no es tan grave como el segundo porque no incluye traslado, engaño ni secuestro posterior. Lo que se encuentra en la calle frecuentemente es la explotación, en forma de abuso, de las condiciones

9 TIP es la sigla en inglés de *Trafficking in Persons*.

10 TIW es la sigla en inglés de *Trafficking in Women*.

de trabajo; un ejemplo es el de haber pactado un porcentaje que cobra el o la proxeneta por dar un lugar y protección a la trabajadora sexual para después incumplir el pacto.

También sucede que viajan mujeres de otros países con promesas (sabiendo que van a trabajar en la oferta de sexo) de mejores condiciones que se ven frustradas al llegar; lo que confunde a los agentes del Estado porque dan por sentado que, si hay extranjeras, se presenta el delito de trata. Una situación inversa tiene lugar cuando se encuentran mujeres tratadas que difícilmente van a reportar el delito porque temen que sus familias, en su lugar de origen, sufran las consecuencias de su modo de proceder. Por ende, el fenómeno de la trata no es fácil de tipificar en el mundo real, fuera de los artículos académicos.

Siguiendo con el tema del concepto de *víctima*, desde otra perspectiva surge una polémica similar: la persona tratada es víctima y la traficada es delincuente. En realidad, ambas cruzan una frontera como indocumentadas, sin embargo, persiste una diferencia muy grande entre ellas. Por un lado, la persona traficada es un criminal por intentar convertirse en inmigrante ilegal y la persona tratada, se da por sentado que está en esa situación porque fue engañada y nunca tuvo la intención de cometer tal delito. Sin embargo, la línea que divide ambos tipos de delitos es muy borrosa; ¿cómo podemos saber qué tanta información alguien tiene sobre su destino o sobre la naturaleza del cargo que ocupará en el exterior?

Por otra parte, ¿se comete un crimen al querer migrar y confiar en alguien que dice conseguir visas de trabajo? ¿No es acaso lo mismo que hacen las tratadas por un tratante? Obviamente, las víctimas del engaño sufren diferentes consecuencias: la traficada es engañada la mayoría de las veces, pero no es un crimen que perdure; una vez cruzada la frontera, traficante y traficada se despiden sin más. En cambio, la trata involucra un perjuicio duradero: se secuestra y maltrata a la víctima. Por supuesto, esto en lo referente a todos los individuos, sin importar el sexo y la edad. Mas el énfasis dado al Protocolo de Palermo, donde se acuerda prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de “mujeres y niños”, nos recuerda la indefensión en la que quedan los hombres.

“Inicialmente, se abogó por el título ‘Trata de mujeres y niños’, sin incluir en ninguna parte a los hombres. El Protocolo de Tráfico no tiene tal coda ni énfasis específico sobre género” (Diltmore, 2005, p. 109). Se asume que las que inevitablemente terminan siendo engañadas son las mujeres, lo cual ocurre por la idea de la infantilización del género femenino.

En el imaginario, sobrevuela la idea de que la migrante indocumentada ha sido embaucada y, por ende, debe ser protegida, a diferencia del hombre indocumentado que debe ser extraditado. Detrás de

todo esto, queda la duda de quién debe ir a la cárcel, ya que la complejidad del delito y la forma en que se investiga no permite reflejar las historias de vida de cada uno de los actores de este drama internacional.

El tráfico consiste en la acción de ciertos delincuentes que trasladan o proveen los medios para el viaje de migrantes y propician su entrada ilegal a un país extranjero. Usualmente, los trasladados son estafados y no llegan a su destino, así sucede particularmente en los casos de los africanos o los sirios que terminan ahogándose en el Mediterráneo porque los dejan solos en barcas que no resisten la cantidad de ocupantes designados para cada embarcación; o son rechazados en la frontera cuando se presentan con permisos obtenidos de supuestos agentes responsables que no son más que delincuentes internacionales.

En definitiva, el movimiento de población proviene de la falta de derechos humanos en el país de origen y, en el intento de migrar, se reproduce este fenómeno tanto en el marco de las acciones ilegales como, en muchas ocasiones, en la legislación propuesta para resolver el problema.

Trata y trabajo sexual: una confusión

Vuelvo a abordar la cuestión de la justicia global y la trata de personas; ya que parece ser que en esa relación se basa hoy la defensa de los derechos humanos. En un nivel más empírico y político, se plantea algún equívoco que lleva a la mala interpretación del propósito de la legislación sobre trata. Con una confusa lectura del Protocolo de Palermo, se tiñe la propuesta con una ideología muy fuerte, producto de una doctrina comprensiva que debería quedar en el ámbito de lo privado y no sucumbir a la tentación de hacerle decir a una norma internacional lo que no pretendía.

En el caso del protocolo en cuestión, se intenta terminar con un delito internacional que aprovecha los vaivenes políticos y los conflictos de guerra, así como la pobreza extrema, para captar, trasladar y obligar por medios violentos al trabajo de esclavitud. El énfasis se hace en la preocupación por las mujeres y los niños, que son grupos vulnerables; mas esto se debe a una fuerte corriente de pensamiento, contraria a la oferta de servicios sexuales que busca trata sexual donde no la hay. Indudablemente, en muchos casos, donde hay una actividad dedicada al servicio sexual se pueden encontrar ciertos delitos conexos como el proxenetismo, el maltrato, la venta de drogas, etc.; pero el delito de trata es algo diferente y está bien clara su calificación.

En un artículo de 2007, Ronald Weitzer relataba que dos décadas atrás se formaba una coalición de la derecha religiosa y de algunas feministas radicales que iniciaron una campaña contra la pornografía. En ese momento, a nivel nacional, en la administración de Reagan, una de las partes en el debate era la

fiscal Edwin Meese. Entre las feministas que estuvieron involucradas y apuntaron a la abolición de la pornografía por considerarla humillante para las mujeres se encontraban Andrea Dworkin y Katherine MacKinnon; esta última visitó hace unos años Argentina y convenció a muchos del riesgo de seguir sosteniendo la legalidad del trabajo sexual.

La postura contraria al trabajo sexual se ha expandido con fuerza en nuestra sociedad; quizá debido a nuestra cultura, que responde a los lineamientos de la Iglesia Católica, además de que salimos de una fuerte dictadura que, evidentemente, nos dejó una rigidez frente al comportamiento sexual, que aún no se ha podido modificar para garantizar el derecho a elegir. Se toma el abolicionismo como una postura progresista y de avanzada, aun cuando resulta difícil pensar en que esto es así si nos basamos en una prohibición.

Según Weitzer, la cruzada reaparece detrás del fuerte reclamo generado en función de la trata de mujeres para el trabajo sexual; resalta que una coalición similar a la que trató el tema de la pornografía se formó en EE. UU. en el gobierno de Bush, con más influencia que en los tiempos de Reagan. En la derecha, los miembros de la cruzada (como los llama el autor) incluyen a organizaciones como Foco sobre la Familia, Asociación Nacional de Evangélicos, Conferencia Católica de Obispos, Coalición de Valores Tradicionales, Mujeres Preocupadas por América (EE. UU.), Ejército de Salvación, Misión Internacional de Justicia, Deseo Compartido Internacional, Coalición de Libertad Religiosa, etc.

La principal organización abolicionista feminista en Estados Unidos es la Coalición contra la Trata de Mujeres (CATW). Otros incluyen Igualdad Ahora, el Proyecto Protección y Posición contra la Explotación Global (SAGE). A pesar de tener algunas disidencias sobre algunos temas como el aborto y el matrimonio igualitario, coinciden sobre su rechazo a la prostitución y la pornografía. ¿No llama la atención que los y las abolicionistas se consideren progresistas en Argentina y sus fundamentos estén inspirados en un movimiento reaccionario y de derecha en los EE. UU.?

Si nos abocamos a buscar definiciones correctas, vocablos inequívocos que involucren la oferta de servicios sexuales, habrá que distinguir bien la corriente de opinión a la que se pertenece cada uno de los términos. Empecemos por el término *prostituta*; en tiempos remotos, se usaba cada vez que se hablaba de una mujer que ofrecía servicios sexuales por dinero. Hoy en día lo usa el abolicionismo, ya que da por sentado que la mujer se encuentra en *situación de prostitución* y quiere salir de allí; dicho de otro modo, no desea trabajar con su cuerpo y no lo puede evitar ya sea por su pobreza o porque un hombre (el proxeneta) la obliga. Como la prostitución se considera un oficio degradante, también se utiliza el término como insulto.

Por otro lado, cuando aparece la idea de que debería tomarse como un trabajo la oferta de sexo, surge el término *trabajadora sexual*, tratándose de la

mujer que ofrece servicios sexuales y no se siente víctima, sino que ha llegado a esta actividad voluntariamente. Las TS (no son sólo mujeres, se incluye a los hombres y a los trans) intentan alcanzar los mismos derechos que el resto de los trabajadores. Por último, una vez difundido el Protocolo de Palermo, se considera una *mujer tratada* a aquella que ejerce la prostitución obligada; puesto que fue víctima de engaño, al prometersele un trabajo mejor remunerado en un país extranjero, y al final ser trasladada y secuestrada con el fin de que cumpliera con una tarea a la que no se prestó en un principio.

En muchas ocasiones, se califica con distintos términos, dependiendo de la ideología de la persona que se expresa. No me refiero sólo a la famosa discusión entre abolicionistas y regulacionistas, sobre la cuestión de si las mujeres son prostitutas o trabajadoras sexuales, que incluye el tema de si venden su cuerpo o únicamente servicios sexuales.

También aparece un dilema con respecto al término *víctima*, dependiendo del tamiz teórico con el que se observe, mediante qué perspectiva filosófica se está analizando. Ya se abordó el problema de quién es víctima en los delitos internacionales; ahora corresponde examinar una cuestión más próxima, es decir, la de la actividad misma de la oferta de servicios sexuales.

Se ven en las diversas posturas diferentes calificaciones de la víctima. Entonces, quizá, para el *prohibicionista*, no habrá víctima: tanto el cliente como la prostituta cometen un delito. Esta es una postura extrema y no es el camino que se sigue en la discusión actual porque el abolicionismo no considera que el cliente o la mujer estén cometiendo ningún delito (algunos ya propusieron sancionar al cliente). Esta corriente está más preocupada por quienes se aprovechan de las mujeres, tanto los proxenetes como los tratantes, aunque no dice nada de los traficantes.

Y en el regulacionismo no hay víctimas, a menos que haya abuso de poder y maltrato; pero esto no se considera una característica del trabajo sexual únicamente. Quienes son abolicionistas o prohibicionistas plantean que todo tipo de actividad de oferta de servicios sexuales es trata porque, en general, hay explotación por parte de terceros. Pese a ello, el proxenetismo no se incluye en el delito de trata, conforme a lo establecido mediante los acuerdos internacionales, por cuanto estaba penado por la Ley, antes de la necesidad de establecer una legislación que abordara los problemas de tráfico de personas.

Equivocarse en el diagnóstico lleva a agudizar la injusticia

En la álgida discusión sobre si la oferta de servicios sexuales debería considerarse un delito o un trabajo, surge el énfasis que se le otorga a la trata de personas como casi exclusiva del género femenino con respecto a la oferta sexual. Para ser más claros, se excluye en el discurso diario la preocupación por el destino de hombres, jóvenes o niños que cruzan fronteras, en la mayoría de los casos como

esclavos por deuda; aunque el Protocolo de Palermo enfatiza la preocupación por los niños y mujeres, en la realidad el segundo grupo es el preponderante y, al parecer, es así porque la inquietud que mueve a los y las abolicionistas es la moral sexual femenina.

Obviamente, la trata de mujeres (tal como la describe el protocolo, en especial en ciertos países donde hay un caos provocado por la guerra) resulta angustiante si se piensa en una esclava sexual que debe llevar a cabo ciertas acciones que pertenecen a la intimidad y a la autonomía sobre el propio cuerpo y que debe realizar contra su voluntad. Es indignante el trato de las mujeres como objetos que son usados y descartados sin ninguna contemplación. Además, los tratantes hacen uso de la fuerza, de drogas o amenazas para someter a estas mujeres y las transforman en víctimas desde todo punto de vista.

No obstante, lo que resulta extraño es que aparentemente pesa más que una mujer adulta decida transformarse en trabajadora sexual en una ciudad de Occidente que en Nigeria Boko Haram secuestre niñas en escuelas católicas; y en los casos donde se devuelven a sus padres solo se hace bajo amenaza de no mandar a las jóvenes a un colegio católico. Se las obliga a convertirse al islamismo durante su estadía con los captores. Además, los fundamentalistas de este grupo han dejado embarazadas a muchas jóvenes y niñas, aparte de contagiarlas con el virus del VIH.

El Estado Islámico ha tomado como esclavas a las mujeres no musulmanas y vende a las más jóvenes en los famosos bazares de Mosul, donde tienen a las niñas y jóvenes prácticamente desnudas en oferta al mejor postor. Las yazidíes¹¹, consideradas como herejes para ellos, son las que más sufren el maltrato, se las viola y se las tortura, y mujeres del grupo yihadista¹² las revisan antes del remate para comprobar si son vírgenes porque esto aumenta su precio. También, se entrega una *sabiya* (esclava capturada en la guerra) por un mes a los combatientes que actúan en esta guerra y obedecen las órdenes de sus superiores.

Cuando pienso que el que encaró una lucha férrea contra la trata de personas fue George Bush (hijo), no puedo más que desconfiar de sus intereses. Sin embargo, el prejuicio sin base no es serio; por eso, basaré mi pensamiento en algunos indicios que parecen conferir un serio fundamento a mi hipótesis. En 2003, Bush denunciaba en Naciones Unidas que la trata de personas financiaba al terrorismo y le otorgaba el mismo grado de urgencia a esta lucha como a la de la guerra contra el terror. Esta fue la última parte de un discurso que pasó por los ataques del 9/11 hasta las ocupaciones de Afganistán e Irak.

Al describir la trata, Jo Doezema enfatiza que Bush usa el mismo término religioso simbólico como cuando exhorta en contra del terror; él habla del *mal*.

11 Es una minoría religiosa kurda preislámica, son monoteístas y su origen se remonta posiblemente al año 2000 a. C.

12 Son grupos fundamentalistas islámicos que persiguen la *yihad* o guerra santa.

Directamente, hace referencia al *mundo civilizado*, bajo la amenaza de las fuerzas incivilizadas del islam *fundamentalista*. Me adhiero al pensamiento de la autora, en cuanto a que “el peligro es oscuro, literalmente en términos de color de la piel, y se ha convertido totalmente en lo más aterrador porque está sexualizado” (2010: 141).

Por otra parte, con respecto a la política estadounidense, la Ley *Trafficking Victims Protection Act* (TVPA) fue aprobada en el año 2000 y firmada por Bill Clinton, el presidente de ese entonces. Más tarde, en 2003, 2006 y 2008, fue renovada. Se interrumpió en el 2011 para, posteriormente, en 2013, incorporarse por completo como una enmienda a la *Violence Against Women Act*, lo que lleva a pensar que implica una protección especial hacia las mujeres más que hacia los hombres y los niños, como se mencionó.

Todo esto se relaciona con la secuencia legislativa en Estados Unidos. Sin embargo, trasciende la política interna y la preocupación del gobierno cruza las fronteras con sus iniciativas. Es interesante el hecho de que Hillary Clinton, como secretaria de Estado, haya hecho un muy buen trabajo con su observatorio de trata de personas. Todos los años se presenta un informe que indica el grado de esfuerzo para controlar la trata por parte del resto de los países del mundo. Esto se expresa en tres niveles:

- Nivel 1) los países cuyos gobiernos cumplen con las normas mínimas de la TVPA para la eliminación de la trata;
- Nivel 2) los países cuyos gobiernos no cumplen completamente con las normas mínimas de la TVPA para la eliminación de la trata, pero están haciendo esfuerzos significativos para cumplirlas;
- Nivel 3) los países cuyos gobiernos no cumplen completamente con las normas mínimas de la TVPA para la eliminación de la trata ni hacen esfuerzos significativos para cumplirlas.

Ante esta considerable y respetable labor, surge siempre la misma pregunta: ¿seguirá siendo Estados Unidos el gendarme del mundo por mucho tiempo más?

Vale la pena plantear otra pregunta relacionada con el tratamiento del género si se reclama la igualdad entre hombres y mujeres (se debería agregar también el grupo transgénero, ya que, en general, queda sin protección en medio del debate): ¿por qué la persecución de la trata se concentra en las mujeres de las que se sospecha que podrían ser sometidas a ejercer la prostitución? Las políticas gubernamentales deberían apuntar a esta igualdad, identificando necesidades de la población, carencias que sufre, y aportando algunas posibles soluciones a la falta de igualdad de oportunidades. Pero, si se piensa esto con el objeto de lograr la equidad, es necesario ser cautos para no crear nuevas diferencias.

La institucionalización de la perspectiva de género (...) debe transversalizarse para ser efectiva, ya que atañe a todas las políticas

públicas. Una manera integral de darle carácter formal a esta decisión es mediante instrumentos legales diseñados específicamente para los objetivos de equidad: los “Planes de igualdad de oportunidades y de trato entre varones y mujeres”¹³ (Maffía, 2012: 12).

Lo que nos recuerda la autora es que se apunta a las propuestas donde se respete la *transversalización* de la perspectiva de género a todas las políticas públicas. Se podría decir que es una forma de resolver el problema de la inequidad entre hombres y mujeres, y no considerar a las mujeres como un grupo al que se debe ayudar porque no podría salir solo de su dificultad para acceder a cargos o posiciones profesionales. Las políticas públicas que apuntan a generar equidad siempre son bienvenidas; sobre todo si cruzan fronteras y se transforman en internacionales, extensión que desde hace poco está siendo considerada.

Por otra parte, desde su aparición histórica, el feminismo ha insistido en el reclamo para que las mujeres no sean relegadas en la vida pública; pareciera justamente que hoy no debería ensañarse con los hombres vulnerables que quedan atrás en su deseo de empezar una vida mejor en un país extranjero. Si dejamos que los delitos de trata y tráfico victimicen a las mujeres y castiguen a los hombres por una cuestión de género, se está yendo en una dirección no deseada, la de la inequidad entre los hombres y mujeres; pero, esta vez, en sentido contrario.

Por supuesto, en cierto sentido, las mujeres y los niños son más débiles físicamente y pueden terminar siendo más vulnerables a caer víctimas de un delito; pero eso no justifica tanto énfasis sobre la cuestión de género. Debería existir un equilibrio en el cuidado de las poblaciones más empobrecidas y en conflictos armados, dado que, en definitiva, son las que se mueven por el mundo, intentando alcanzar el bienestar para ellas y sus familias.

Basta de vulnerabilidad

Las noticias que llegan a diario son suficientemente esclarecedoras para entender lo que significa ser víctima. Es hora de abrir los ojos y pensar que, de alguna manera, se puede colaborar con los menos aventajados, por lo menos generando un debate teórico que abra los ojos de los que no supieron ver el drama de los otros.

13 Citado en Diana Maffía (2014). Algunos ejemplos son el Plan de Igualdad de Oportunidades para la Mujeres 1994-1999, Sernam, Chile; el Plan regional de Igualdad de Oportunidades, Región del Bio Bio 1994-1999, Sernam, Región del Bio Bio, Chile; la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, Venezuela; el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades para las Mujeres 1997-2001, Secretaría de la Mujer, Paraguay; el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2000-2005, Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, Perú; el Plan de Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres 1998-2002, Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, Colombia; el Plan de Igualdad Municipal de Oportunidades entre Varones y Mujeres, Secretaría de Promoción Social, Rosario; el Plan de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establecido por la Ley 474, en agosto de 2000.

Como se ha dicho, hay una agresión muy grave hacia las mujeres, la violencia sexual en conflictos armados. La misma ONU ha denunciado la existencia de esclavas sexuales en mercados organizados por el Estado Islámico en Raqqa y Mosul, donde mujeres y niñas son vendidas para luego ser violadas por sus dueños. En muchos casos, cuando las niñas son muy pequeñas y no se ofrece mucho dinero, se las regala. Todo esto sucede a raíz de la guerra que tiene lugar en Siria e Irak, donde miles de mujeres sufren el desarraigo, la muerte de los miembros masculinos de la familia y el inevitable destino de dejar de pertenecer a su grupo porque ya no serán aceptadas por su familia o vecinos, una vez que han sido deshonradas y, la mayoría de las veces, embarazadas por los extremistas que las secuestraron.

Por otro lado, hubo un momento en el que se presentaban noticias en todo el mundo sobre los africanos y los ciudadanos del Cercano Oriente que intentaban cruzar el Mediterráneo para llegar a las orillas de Europa y morían en el intento. La pregunta es por qué lanzarse en un viaje casi imposible (incluso llevando menores con ellos) si no tuvieran la urgencia de huir de sus destinos.

El 60% de esos migrantes que viajan en formas bastante riesgosas¹⁴ provienen de Siria, Eritrea, Afganistán y Somalia. En los primeros meses de 2015, ya habían cruzado 92.800 personas que buscaban refugio y ya lo habían hecho 219.000 en el año 2014. Estas personas ya no cruzan sólo por conseguir un mejor nivel de vida, sino que huyen del hambre y, sobre todo, de la violencia. En algún momento se dijo que ya llegaba a 17.306 la cantidad de personas ahogadas en el Mediterráneo. ¿A cuánto ascenderá ahora? Y una pregunta sin respuesta cierta: ¿fueron estas personas las únicas que murieron o hay aún muchos desaparecidos por los que nadie clama?

La falencia que se advierte hoy en día en lo concerniente a la vulnerabilidad de los grupos menos visibilizados es la de hacer un énfasis mayor en el mercado de oferta de servicios sexuales femenino que en la migración –en forma legal o ilegal– de sectores con muchas carencias o perseguidos dentro de su propio pueblo, e incluso, en el secuestro, violación y muerte de mujeres y niñas en zonas de conflicto armado.

Si no se tienen en cuenta los derechos humanos de estos grupos que sufren violencia y carecen de los recursos mínimos para sobrevivir, no se puede decir que se está cumpliendo con el deber de alcanzar la justicia global. Si uno se deja llevar por supuestos discursos correctos políticamente, en particular provenientes de un feminismo muy conservador y de sus seguidores conservadores y puritanos, se deja de lado a muchos que necesitan apoyo en el camino, tratando de salvar al mundo de prácticas sexuales que no parecen afectar a los actores en su dignidad.

14 UNHCR *statistics based on data for sea arrivals to Italy, Greece, and Malta (January-May 2015). It also reflects data on arrivals to Spain (January-March 2015).*

Por todo lo anterior, se advierte la dificultad de consensuar medidas que salvaguarden los derechos de las personas, especialmente de los grupos más vulnerables, en función de alcanzar la tan mencionada justicia global.

"... los historiadores, al menos, están empezando a lograr algunos progresos en el estudio y análisis de las naciones y el nacionalismo, lo que induce a pensar que, como ocurre con tanta frecuencia, el fenómeno ya ha dejado atrás su punto más alto. Dijo Hegel que la lechuza de Minerva, que lleva la sabiduría, levanta el vuelo en el crepúsculo. Es una buena señal de que en estos momentos esté volando en círculos alrededor de las naciones y el nacionalismo (Hobsbawn, 1999, p. 202). Se podría agregar que ojalá pronto esté cerca de volar por encima de la justicia global. "Un ejemplo, tal vez, de la astucia de la historia" (Nagel, 2008, p. 195).

Referencias bibliográficas

- Acosta Estévez, José. (1995). Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos. *REV Anuario español de derecho internacional*, XI, 3-22.
- Beitz, Charles. (1999). *Political Theory and International Relations*. New Jersey: Princeton.
- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. (2004). New York: Secretaría General de la ONU.
- Daniels, Norman. (2008). *Just Health. Meeting Health Needs Fairly*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ditmore, Melissa. (2005). Trafficking in Lives. How Ideology Shapes Policy. En Kamala Kempadoo with Jyoti Sanghera and Bandana Pattanaik, *Trafficking and Prostitution Reconsidered: new perspectives on migration, sex work, and human rights*. Boulder, USA: Paradigm Publishers.
- Dieterlen, Paulette. (2007). Cuatro enfoques sobre la idea del florecimiento humano. *Desacatos*, n.º 3, 147-158.
- Doezema, Jo. (2010). *Sex Slaves and Discourse Matters*. London: Zed Books.
- Frances Gómez, Pedro. (2002). *El contrato moral: individuo, racionalidad, acuerdo y la teoría ética de David Gauthier*. Madrid: Facultad de Filosofía, Universidad Complutense de Madrid.
- Hobbes, Thomas. (1651). *Leviatán*. Mexico: FCE.
- Hobsbawn, Eric. (1999). El mundo frente al milenio, *Primavera del Sur*, 16, 4-90.
- Hobsbawn, Eric. (1991). *Naciones y nacionalismo*. Barcelona: Crítica.
- Human Rights Watch. (2015). *The Mediterranean Migration Crisis. Why People Flee. What the EU Should Do*.
- Maffía, Diana. (2012). Gobernabilidad democrática, género y participación popular. En Patricia Britos y Laura Llamas Figini, *Convivencia democrática: reflexiones*. Mar del Plata: Centro de Estudios Filosóficos y Sociales, e-book.

- Nagel, Thomas. (2008). El problema de la justicia global. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 9, n. ° 1, 169-95.
- Nussbaum, Martha. (2000). *Women and Human Development*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press.
- Nussbaum, Martha. (2004). *La fragilidad del bien*. Madrid: Machado Libros.
- Nussbaum, Martha. (2006). *El ocultamiento de lo humano*. Buenos Aires: Katz.
- Pogge, Thomas. (2002). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós.
- Pogge, Thomas. (2013). ¿Estamos violando los derechos humanos de los pobres del mundo? Barcelona: Proteus.
- Rawls, John. (1996). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Risse, Mathias. (2012). *On Global Justice*. Princeton N. J.: Princeton University Press.
- Sanghera, Jyoti. (2005). Unpacking the Trafficking Discourse. En Kamala Kempadoo with Jyoti Sanghera and Bandana Pattanaik, *Trafficking and Prostitution Reconsidered: new perspectives on migration, sex work, and human rights*. Boulder, USA: Paradigm Publishers.

La ética del funcionario público como garante de los derechos en casos particulares, efectividad de la aplicación de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado

Elías Castro Blanco¹⁵
Martha Patricia Parrado¹⁶

Introducción

El objeto de este trabajo es exponer, de manera sucinta, cómo, mediante la promulgación de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, se introdujo en su articulado la extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Esta es una herramienta con la cual los ciudadanos pueden acudir ante las entidades administrativas mediante derecho de petición y solicitar que la administración, dentro de sus decisiones de fondo, tenga en cuenta las sentencias unificadas proferidas por el Consejo de Estado con el fin de armonizar los derechos del *ciudadano-administrado*, dado que la figura responde a un tipo de casos; es decir, su aplicación se materializa en casos análogos, donde lo decidido en este tipo de sentencias tiene aplicabilidad para uno concreto.

Sin embargo, esta figura, que en un momento determinado se consideró revolucionaria, no ha surtido los efectos esperados, por cuanto se pudo evidenciar que las entidades administrativas no se pronuncian frente a las peticiones de los administrados; lo cual podría, de algún modo, considerarse como una falta

15 Filósofo egresado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista y Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Magíster en Historia de la Universidad Javeriana. Doctor en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. Profesor titular de la Universidad Libre y director del grupo de investigación en filosofía política, categorizado en B, 2017.

16 Abogada de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Administrativo y Magíster de la misma Universidad. Integrante del Semillero de investigación de derecho laboral y seguridad social.

al deber funcional, de acuerdo con la ética y la moral que deben orientar las acciones de los funcionarios públicos.

La crisis institucional se evidencia en toda su dimensión cuando se analizan los resultados del impacto de la figura de la "extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado". Dos trabajos a los que se hace referencia en acápite posteriores, que trataron el tema de manera exhaustiva, coincidieron en afirmar que la figura es una de las grandes modificaciones introducidas en la Ley 1437 de 2011, "por la cual se expide el Nuevo Código de Procedimiento y de lo Contencioso-Administrativo" (en adelante CPACA), especialmente como mecanismo procesal del derecho administrativo.

En este sentido, la figura fue introducida en el orden administrativo nacional con el propósito de descongestionar la administración de justicia; pero lo más importante quizá consistió en abolir las consideraciones del ciudadano común, como el hecho de considerar que los "funcionarios" estatales son simple y llanamente negligentes, corruptos, paquidérmico e ineficientes.

En este contexto, es preciso iniciar estas líneas con un fragmento de la novela *El proceso*, de Frank Kafka, en donde se recrean las dificultades por las que atraviesa un anciano para acceder a la justicia, sin obtener ningún resultado.

Ante la Ley hay un guardián. Un campesino se presenta frente a este guardián y le solicita que le permita entrar en la Ley. Pero el guardián contesta que por ahora no puede dejarlo entrar. El hombre reflexiona y pregunta si más tarde lo dejarán entrar.

—Tal vez, dice el centinela, —pero no por ahora—.

La puerta que da a la Ley está abierta, como de costumbre; cuando el guardián se hace a un lado, el hombre se inclina para espiar. El guardián lo ve, se sonríe y le dice:

—Si tu deseo es tan grande, haz la prueba de entrar, a pesar de mi prohibición. Pero recuerda que soy poderoso. Y sólo soy el último de los guardianes. Entre salón y salón también hay guardianes, cada uno más poderoso que el otro. Ya el tercer guardián es tan terrible que no puedo mirarlo siquiera—.

El campesino no había previsto estas dificultades; la Ley debería ser siempre accesible para todos, piensa, pero, al fijarse en el guardián, con su abrigo de pieles, su nariz grande y aguijeña, su barba negra de tártaro, rala y negra, decide que le conviene más esperar. El guardián le da un escabel y le permite sentarse a un costado de la puerta.

Allí espera días y años. Intenta infinitas veces entrar y fatiga al guardián con sus súplicas. Con frecuencia el guardián conversa brevemente con él, le hace preguntas sobre su país y sobre muchas otras cosas; pero son preguntas indiferentes, como las de los grandes señores, y, finalmente, siempre le repite que no puede dejarlo entrar. El hombre, que se ha provisto de muchas cosas para el viaje, sacrifica todo, por valioso que sea, para sobornar al guardián. Este acepta todo, en efecto, pero le dice:

–Lo acepto para que no creas que has omitido ningún esfuerzo–.

Durante esos largos años, el hombre observa casi continuamente al guardián: se olvida de los otros y le parece que este es el único obstáculo que lo separa de la Ley. Maldice su mala suerte durante los primeros años audazmente y en voz alta; más tarde, a medida que envejece, sólo murmura para sí. Retorna a la infancia, y, como en su cuidadosa y larga contemplación del guardián ha llegado a conocer hasta las pulgas de su cuello de piel, también suplica a las pulgas que lo ayuden y convengan al guardián. Finalmente, su vista se debilita, y ya no sabe si realmente hay menos luz, o si sólo lo engañan sus ojos. Pero, en medio de la oscuridad, distingue un resplandor que surge inextinguible de la puerta de la Ley. Ya le queda poco tiempo de vida. Antes de morir, todas las experiencias de esos largos años se confunden en su mente en una sola pregunta que hasta ahora no ha formulado. Hace señas al guardián para que se acerque, ya que el rigor de la muerte comienza a endurecer su cuerpo.

El guardián se ve obligado a agacharse mucho para hablar con él, porque la disparidad de estaturas entre ambos ha aumentado bastante con el tiempo, para desmedro del campesino.

–¿Qué quieres saber ahora?, pregunta el guardián. –Eres insaciable–.

–Todos se esfuerzan por llegar a la Ley, dice el hombre; –¿cómo es posible entonces que durante tantos años nadie más que yo pretendiera entrar?–.

El guardián comprende que el hombre está por morir y, para que sus desfallecientes sentidos perciban sus palabras, le dice junto al oído con voz atronadora:

–Nadie podía pretenderlo porque esta entrada era solamente para ti. Ahora voy a cerrarla–.

Esta narración, publicada en 1925, es un fiel retrato de la crisis de la modernidad, ya que representa el reconocimiento del carácter complejo de la condición

humana del otro. La industrialización, en su afán de instrumentalizar sus formas de producción, terminó creando al *funcionario*, una de las figuras centrales en la barbarie burocrática y administrativa del siglo XX.

La relación que Kafka presenta entre sus protagonistas es caótica. El guardián se impone, tanto física como psicológicamente, frente al cada vez más disminuido y agotado hombre. Es evidente el respaldo de la poderosa institución legislativa que convierte al funcionario de la Ley en un gigante. Los años del hombre trascurren irremediable y vertiginosamente, pero el tiempo de la institución es estático, inhumano. Lo que los personajes dicen no se acerca a un diálogo. Frente a la pregunta final del anciano, vigente en nuestros tiempos, la respuesta de la institución es un silencio y un portazo.

Esta breve reflexión, a causa de la crisis por la que atraviesan las instituciones y la poca confianza que genera en los destinatarios la profusión de normas creadas para posibilitar el acceso a la justicia, sirve como pretexto para discutir acerca del papel que asumen las instituciones y los funcionarios que las representan, teniendo en cuenta el silencio administrativo frente a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En la actualidad, como destinatarios, los funcionarios públicos son conscientes de que la administración se encuentra en un proceso continuo de adaptación a las necesidades ciudadanas; lo deseable es que su conducta sea transparente, responsable, objetiva y eficaz, y se oriente a la satisfacción de las necesidades.

Es de esperarse que su actuación se ajuste en los parámetros éticos, incorporados no sólo en las normas jurídicas que regulan el comportamiento de los funcionarios públicos, que, para el caso colombiano, se reglamenta en la Ley 1952 de 2019 del Código General Disciplinario; además, la concepción que se tiene de la ética del servidor público, siendo consecuentes con estos principios, evitaría problemas como el que, desde el punto de vista del derecho disciplinario, se le impute una conducta ilícita que puede convertirse en una sanción por omisión al deber funcional.

Cabe señalar que este escrito tuvo su origen en dos fuentes distintas: por un lado, recién promulgada la Ley 1952 de 2019, este texto formó parte de un trabajo de investigación presentado como tesis doctoral en la Universidad Externado de Colombia, en 2014 (Castro, 2016).

Los argumentos expuestos enfatizaban en que los alcances que podría tener esta figura, en virtud de dos casos suscitados en Colombia, como, en efecto, lo fueron las Sentencias SU- 039/1997, en donde el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, en primera instancia, concedió la tutela a la comunidad indígena *U'wa*, a raíz de la consulta previa por la explotación de recursos en su territorio, decisión que fue revocada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; finalmente, la Corte Constitucional tuteló los derechos a la participación, al

debido proceso, a la integridad étnica, cultural y social, entre otros, considerados fundamentales para la subsistencia como grupo social.

Si bien estos logros constituyen un alcance significativo, la Sentencia T-634/1999 presenta un giro inesperado, en donde el grupo étnico indígena **arhuaco** se pronuncia en contra de la creación del municipio de Pueblo Bello en el departamento del Cesar, debido a que la jurisdicción municipal incorporaba parte de los resguardos indígenas de la comunidad. La Corte consideró finalmente que debió haberse utilizado la figura de la acción popular como mecanismo para hacer posible la reclamación, lo que representa un retroceso en materia de derechos.

Estas tensiones, como era de esperarse, se resolverían parcialmente con la entrada en vigencia el 2 de julio de 2012 del Nuevo Código Contencioso Administrativo, al unificar la jurisprudencia, modificado mediante la Ley 1437 de 2011 (18 de enero), un avance en materia de unificación jurisprudencial, como lo hace explícito el artículo 270.

Por otro lado, los investigadores Martha Patricia Parrado y Jorge Cerquera, en 2017, realizaron un trabajo como requisito para obtener el título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Libre (Parrado y Cerquera, 2017). El trabajo estuvo orientado a dar cuenta de la unificación de la jurisprudencia, con base en una metodología de tipo etnográfico, a fin de obtener una información que fue cuantificada de manera parcial; pues no todas las instituciones convocadas respondieron a este llamado.

Esta investigación evidenció los criterios por los cuales las autoridades administrativas negaron las solicitudes de extender las sentencias de unificación del Consejo de Estado; dentro de los resultados obtenidos se pudo medir el impacto que ha tenido la figura en cuanto al propósito de igualdad ante la Ley y el acceso a la administración de justicia. Así mismo, se estudió el impacto en la descongestión de los despachos judiciales, y la vulneración de presupuestos constitucionales como el sentido de coherencia en la aplicación del derecho, respecto al derecho de petición y en la protección de principios de la función administrativa como la celeridad, la eficacia y la economía procesal.

En esta medida, se logró determinar que la negación de los derechos de petición o, mejor, la respuesta a la solicitud de extender los efectos de la sentencia de unificación de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado obedeció a la presencia de falencias o vacíos de las normas que reglan el procedimiento; pero lo que es más grave aún, obedeció a problemas institucionales que evitan su aplicación por una serie de hechos, considerando las circunstancias que estimamos engorrosas, por ejemplo, no comprometer el presupuesto o la falta de conocimiento de ese mecanismo procesal.

En este sentido, se considera que los problemas de las entidades estatales que no han hecho posibles los niveles de eficacia esperados, según la voluntad del

legislador de posibilitar los derechos fundamentales con la implementación de la figura de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se deben, en primera instancia, a la existencia de una falta grave de los funcionarios encargados de tramitar el derecho de petición que presentan los ciudadanos, con la pretensión de hacer extensivos los efectos de la sentencia que invocan. Con ello, de paso, se estarían vulnerando presupuestos constitucionales como el hecho de no tener una pronta respuesta a su solicitud (derecho de petición) y el derecho a la justicia, así como el derecho a la igualdad frente a la Ley.

Por lo anterior, este trabajo ha sido desarrollado en otra dirección, esta vez, explorando una pregunta inicial común a estas dos investigaciones, el hecho de indagar por qué no se ha dado cumplimiento a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, una figura que creíamos revolucionaria en su momento, con la que se pretendió impactar el ordenamiento jurídico de lo Contencioso-Administrativo, al darles importancia a las sentencias de unificación de esta corporación, e imponer su obligatoria aplicación a las distintas situaciones del orden estatal, siempre y cuando lo ameriten.

Para que exista un rigor metodológico y expositivo se ha estructurado este texto de la siguiente manera:

El numeral 1, titulado “Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado: un aporte al procedimiento administrativo colombiano”, contextualiza brevemente la figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y muestra la intención del legislador de incorporarla en el ordenamiento jurídico, así como los requisitos formales determinados por el CPACA, y luego de ellos, los establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado para que esta tenga aplicabilidad en las entidades administrativas.

El énfasis se advierte en la solicitud interpuesta en sede administrativa, primera fase del procedimiento, dado que, en esta etapa, se cuestiona el hecho de guardar silencio frente a la solicitud presentada, y se procura extender efectos de una sentencia unificada del Consejo de Estado.

El numeral 2, denominado “El derecho de petición como garantía constitucional”, se ocupa de reflexionar acerca del derecho de petición como garantía constitucional, desde la óptica de la actuación omisiva de las entidades estatales, configurada en el “silencio administrativo”. Para dar cuenta de lo anterior se hizo una revisión de los antecedentes del silencio administrativo en la legislación nacional, no en lo correspondiente a si es negativo y/o positivo, sino a los efectos que se derivan en cada uno de ellos.

El numeral 3, “Ética del funcionario público”, es un aporte fundamentado en los valores y principios que incentivan la conducta y desempeño institucional, sobre la base de que la comunidad necesita conductas honestas que estimulen la legalidad, la responsabilidad y el sentido de pertenencia. En este orden de ideas,

el enfoque de este acápite tiene un carácter normativo y explicativo, dado que se ocupa de un asunto que atañe a la estatalidad y la vida de la comunidad, en general, para facilitar una atmósfera de confianza y certidumbre institucional.

Así las cosas, se establecerá tanto la ley como la diversidad de pronunciamientos de la máxima autoridad que confiere facultades a las entidades administrativas para que, frente a las solicitudes de hacer extensiva la jurisprudencia del Consejo de Estado, “guarden silencio”, asunto en el que, consideramos, reside en buena medida el problema que nos atañe.

Lo anterior tiene sentido, por cuanto, en la tesis de Parrado y Cerquera, se afirma que, en la mayoría de casos que el Consejo de Estado estudió, se evidencia que la administración no sólo no resuelve, sino que calla; es decir, no se pronuncia al respecto ni para bien ni para mal, lo que le genera expectativas al ciudadano frente a su derecho, y se convierte en una amenaza que impide una respuesta de fondo y oportuna sobre la petición solicitada, pese a que es claro que la persona no cumple o, mejor, desconoce los requisitos formales exigidos por la Ley y la jurisprudencia para que las entidades apliquen la solicitud de extender los efectos de una sentencia unificada emitida por el Consejo de Estado.

Por otra parte, se cree que el hecho de que, por facultad legal y jurisprudencial, las entidades administrativas puedan guardar silencio, de cierto modo, cambia sustancialmente el sentido de lo que en la doctrina administrativa y el ordenamiento jurídico administrativo se denomina *silencio negativo* o *silencio positivo*, que, en cualquier caso, causaría unos efectos particulares que pueden o no favorecer al ciudadano.

Según pronunciamientos de la Corporación, el silencio de la administración en este aspecto debe ser considerado “silencio especial”, porque, de ningún modo la persona podría solicitarlo por vía administrativa; es decir, el ciudadano no podría usar a su favor figuras como la reposición o, en su defecto, la de apelación, ni tampoco tendría la posibilidad de realizar el control jurisdiccional administrativo.

Esta forma de actuar de la administración no podría ser demandada con acciones como la nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, porque, de conformidad con la normativa, la extensión de la jurisprudencia es una herramienta de carácter facultativo para el ciudadano, por cuanto bien podría no recurrir a ella y, más bien, acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, a través de proceso judicial para garantizar derechos.

En estas circunstancias, y a la luz del derecho de petición, consideramos que, de acuerdo con las funciones propias de la entidad mencionada, se encuentra la obligación de resolver la inquietud del peticionario dentro de las oportunidades legales para tal efecto, sin que pueda entenderse que, con la operancia del silencio administrativo negativo, que sería para el caso, se surta la actuación, debido a

que la ausencia de una respuesta concreta implica una trasgresión de las normas legales, con las consecuencias que de allí se derivan.

Para la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, cuando no se responde un derecho de petición, se ocasiona un agravio al derecho fundamental, que puede ser amparado con la acción de tutela como mecanismo de control frente a la actuación de la administración. Es decir, se vulnera el derecho que tienen los ciudadanos de recibir respuesta a las peticiones que realizan, lo que conduce a faltas disciplinarias por parte de los funcionarios, porque se debe tener claro que el derecho de petición “obliga a la administración a brindar una respuesta o resolución adecuada, efectiva y oportuna, acorde con la información que se pide, que es en sí el derecho de petición (Corte Constitucional, Sentencia T-377 de 2000).

El derecho de petición debe ser lo más corto posible, “pues prolongar en exceso la decisión de la solicitud implica una violación del mandato constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia T-957 de 2004). De nada serviría dirigirse ante la autoridad si esta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido (Corte Constitucional, Sentencia T-377 de 2000).

Por lo anterior, la administración debería responder a los derechos de petición interpuestos para hacer efectiva la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado; sin que necesariamente la decisión se encuentre en concordancia con las pretensiones de lo solicitado por el ciudadano, sino obedeciendo a un derecho fundamental como el recibir respuesta de fondo y en tiempo razonable, de conformidad con los artículos 23 y 85 de la Constitución Política de 1991, así como con lo establecido en la Ley 1755 de 2015, “por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo”. Como lo afirma Arias (2013), a mayor grado de cumplimiento del Estado frente a sus fines menor posibilidad de actuación de la jurisdicción (p. 10).

Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado: un aporte al procedimiento administrativo colombiano

Generalidades

En Colombia, la producción normativa es constante, máxime si se comprende que, a partir de la incorporación del modelo de Estado Social de Derecho, en el seno del Congreso de la República se gestan leyes que contemplan todas las situaciones jurídicas posibles con el fin de que tengan un mayor nivel de injerencia en el Estado.

En este amplio escenario de normas se expidió la Ley 1437 de 2011, que derogó el Código Contencioso-Administrativo anterior, esto es, el Decreto Ley 01 de 1984. Esta norma introdujo una nueva forma de dirimir los conflictos, la figura de la

“Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado”, “procedente del derecho español, que surge con la idea de reducir litigios” (Trillo, 2008) y “posteriormente se entrelaza con la pretensión de garantizar el derecho a la igualdad” (Aguilera-Martín y Aponte-González, 2017). En el orden administrativo fue implementada mediante la Ley 1437 de 2011, en donde el procedimiento se estableció en los artículos 10, 102 y 269 del CPACA. El motivo por el que se introdujo esta nueva figura fue, en primer lugar, hacer este proceso más ágil y efectivo.

En segundo lugar, de acuerdo con la Corte Constitucional, su propósito era contribuir “a disminuir la congestión judicial y la judicialización de las peticiones ante las autoridades” (Corte Constitucional, Sentencia C-860 de 2011¹⁷); de donde se sigue que la situación anómala que ha vivido el Estado en las últimas dos décadas ha menoscabado los derechos humanos, cuya protección es un compromiso estatal, en sintonía con el derecho transnacional y el orden jurídico interno. Lo anterior tiene sentido, en consonancia con el artículo 90, que contempla la responsabilidad del Estado a partir de la antijuricidad del daño.

En ese orden de ideas, se cree que este mecanismo se introduce en el orden jurídico nacional, en la medida en que brinda al coadministrado la “solución de conflictos en sede administrativa, dando aplicación a la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado a casos análogos, sin necesidad de acudir a un proceso judicial” (Consejo de Estado, Sentencia 860 de 2014).

Lo que se pretendió fue dejar de lado –por lo menos en lo relacionado con el precedente jurisprudencial– la idea de que sólo los jueces pueden aplicarlo, porque es claro que la intención del legislador fue contribuir a simplificar y racionalizar los procesos litigiosos, en la medida en que se comprenda que el juez no es el encargado exclusivo de proteger los derechos, aunque, según Jaime Vidal y Carlos Molina, “debería hacerlo excepcionalmente” (Vidal y Molina, 2016, p. 566¹⁸). Las entidades estatales, en primera instancia, deberían abogar por su “defensa” (Zambrano, 2012, p. 41).

En esa perspectiva, se pretende que los funcionarios públicos abandonen esa posición desobligante frente a “sus administrados” y la replacen por la de un “gran servidor público” (Aguirre-Martín y Aponte-González, 2017). Lo anterior responde a preceptos constitucionales y legales, por ejemplo, lo establecido en el artículo 1 del CPACA, en donde se consagra como fines la protección de los derechos y libertades de las personas, la primacía del interés general, la sujeción de las autoridades a la Constitución y el ordenamiento jurídico, así como el funcionamiento eficiente y democrático de la Administración.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2012.

18 Con esta reforma, el Gobierno nacional espera acabar con la lentitud, la congestión y parte de la corrupción en el tratamiento del procedimiento administrativo colombiano, lo que abre la puerta a una nueva generación de funcionarios más informados y responsables, que esperan de parte del Estado una inversión considerable para poner en pleno funcionamiento la tan anhelada propuesta de lucha contra la arbitrariedad administrativa (Vidal y Molina, 2016).

Antecedentes

Para clarificar el surgimiento de esta figura es necesario reconocer que la Ley 1395 de 2010 fue el antecedente inmediato de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado en el derecho administrativo interno. Allí se estableció, por primera vez, que corresponde también a las entidades estatales tomar en consideración las sentencias unificadas proferidas por el Consejo en sus decisiones, ante las solicitudes de los ciudadanos, entendidas como fuerza vinculante para las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias (Corte constitucional Sentencia C-634 de 2011).

La aplicación del procedimiento de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado inicia con la administración, en donde se decide de manera igual en casos que presenten situaciones idénticas (Castro y Peñas, 2017, p. 2) y, en virtud del principio de eficacia, las autoridades deberán buscar que las solicitudes de los administrados logren su finalidad; en este sentido, no corresponde tomar decisiones omisivas, como la de guardar silencio, dado que generan retardos para la efectividad del derecho material, objeto de la actuación administrativa.

Cabe recordar que la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional, por ejemplo, en las Sentencias T-566 de 1998, T-439 de 2000, SU-1122 de 2001, T-116 de 2004 y C-589 de 2001, ha hecho hincapié en que se debe aplicar el precedente jurisprudencial de manera estricta; es decir, no contempla la posibilidad de que la administración aplique reglas de autonomía e independencia, como se predica de la jurisdicción contenciosa. Lo anterior significa que la administración, para solucionar las peticiones en estos asuntos, debe estar sometida a lo dispuesto en las sentencias unificadas del Consejo de Estado, mas no a su libre elección.

Por ende, es importante que la administración tome en serio el papel de los jueces y su jurisprudencia (Rojas, 2012, p. 91), ya que el hecho de que las distintas jurisdicciones unifiquen jurisprudencia es una medida importante por la siguiente razón:

brinda a la sociedad cierto nivel de certeza con respecto a los comportamientos aceptados dentro de la sociedad y, a la vez, garantiza el derecho constitucional a que las decisiones se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico conocido como *seguridad jurídica* (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014, p. 17).

En otras palabras, la unificación jurisprudencial “responde a la necesidad de encontrar la manera de aplicar de manera uniforme en la jurisdicción los criterios e interpretaciones de la ley que realiza el Consejo de Estado” (Segura, 2015, p. 24). En este sentido, vale la pena remitirse al artículo 270 del CPACA:

Se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido por importancia jurídica, transcendencia económica o social, por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, al decidir los recursos extraordinarios y las del mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta el artículo 10 del CPACA, se debe aplicar la extensión de la jurisprudencia en sede administrativa; les corresponde a los distintos órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, entre juzgados, tribunales, y la máxima autoridad administrativa (Consejo de Estado), emitir en un momento sentencias de unificación con el objeto de definir criterios sobre un determinado asunto. Al respecto, Miguel Andrés López expresa lo siguiente:

(...) la tarea de unificación puede tener una de dos finalidades: de orientación a los funcionarios que deben interpretar o aplicar la norma, o de imposición de una determinada interpretación. En palabras de Bernal (2005), se unifica, o bien para orientar –criterio de utilidad auxiliar–, o bien para obligar, criterio de utilidad vinculante (López, 2010, p. 176).

De acuerdo con la Sentencia C-816 de 2011, la Corte Constitucional condicionó la aplicación de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el sentido de determinar que las autoridades administrativas, antes de extender los efectos de una sentencia unificada de la corporación, deben observar con prelación los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten normas aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

Para la doctrina administrativa, este hecho resulta, de algún modo, peligroso y crítico. Para Manuel Fernando Quinche (2016), la postura de la Corte, a la luz de la “cultura jurídica de las autoridades administrativas, ha llevado a que se adopten decisiones sin sustento”, apartándose de preceptos constitucionales o interpretando leyes en perjuicio de los ciudadanos y, por consiguiente, “desatendiendo derechos fundamentales aplicables a casos sometidos a su conocimiento” (p. 7); en otras palabras, se les estaría dotando de herramientas cuando, al parecer, no tienen la capacidad de actuar en el Estado social de derecho.

En el contexto pragmático, puede advertirse que el peticionario prefiere acudir a la jurisdicción contenciosa, especialmente en sede del Consejo de Estado para que su petición sea analizada, debido a la renuencia de las autoridades a extender efectos de una sentencia unificada, lo que es contrario, en primer lugar, a la descongestión de la jurisdicción, razón por la cual se estableció en el orden interno. En segundo lugar, se genera un margen de inseguridad jurídica, ya que las autoridades administrativas, como “interpretes autorizados” (Henao, 2014, p. 246), podrán decidir lo que dicte su convicción.

Desde esta óptica, creemos que, justamente, ese dilema de interpretación puede ser una de las causas por las cuales la administración, de forma reiterada, se apropia de la facultad concedida por la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en el sentido de no dar respuesta a las peticiones donde se solicita que se haga efectiva la extensión de la jurisprudencia.

Según las políticas propias del Ministerio de Justicia, corresponde a las entidades administrativas “tener en cuenta las sentencias de unificación de constitucionalidad y las proferidas por el Consejo de Estado en que se hayan interpretado normas aplicables al caso que se decide” (Ministerio de Justicia, p. 36); además, los artículos 102 y 269 del CPACA fijan el deber de las entidades administrativas y del Consejo de Estado de aplicar las sentencias uniformes en las cuales se ha interpretado la Ley, siempre y cuando el solicitante cumpla con algunos requisitos mínimos, por ejemplo, “presentar el mismo supuesto de hecho y derecho” (Fajardo, 2011, p. 240).

En ese escenario, el deber de considerar sentencias de unificación no sólo corresponde a los jueces, sino que, según López (2016), el precedente “tiene nuevos compañeros” (p. 19). La aplicabilidad de la unificación jurisprudencial empieza a ser un imperativo que pretende ser ágil y efectivo para las entidades administrativas, “cuyo objeto es fortalecer los principios de seguridad y coherencia del sistema jurídico, mediante el reconocimiento del valor normativo de la jurisprudencia y el precedente judicial del Consejo de Estado” (p. 23).

Ahora, en el caso de que las respuestas sean negativas, o de que la entidad estatal no cumpla con este deber, el ciudadano, de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 269, tiene el derecho de acudir al Consejo de Estado.

Según Tobo Rodríguez (2016), cuando las autoridades administrativas desatienden la obligatoriedad de considerar lo establecido en las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, no sólo violan el principio de legalidad, sino que, al mismo tiempo, se convierten en agentes de conflictividad social y jurídica (pp. 27-28). Igualmente, las autoridades desconocen el derecho a la igualdad, dejan de observar principios de la función administrativa, incurrir en faltas disciplinarias, y pueden transgredir la ley penal y hacer a un lado la obligación de que los agentes estatales se encuentran al servicio del Estado y de la comunidad (p. 28).

Petición de extensión de la jurisprudencia en sede administrativa y Consejo de Estado

En lo relacionado con los requisitos formales para emplear el mecanismo de extensión de la jurisprudencia, vale la pena resaltar únicamente los exigidos para acudir a la autoridad administrativa, pues es ante estas entidades que se configura el hecho de no responder al derecho de petición; es decir, se concreta el silencio

administrativo. En el contenido normativo se contempla que la herramienta establece estos requisitos en los artículos 10, 102, 269 y 270 del CPACA.

Posteriormente, los vacíos normativos se complementaron con la jurisprudencia del Consejo de Estado. Los artículos 10 y 102 se refieren a la aplicación del mecanismo ante las autoridades administrativas, a petición de parte. Por otro lado, el artículo 269 aborda el procedimiento judicial en sede del Consejo de Estado, en tanto que el artículo 270 desarrolla la acepción y alcance de lo que se debe entender por sentencia unificada del Consejo de Estado.

Del artículo 102 de la Ley se desprende que el interesado debe presentar una solicitud ante la autoridad competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión no haya caducado. Por su parte, la jurisprudencia del Consejo especifica los requisitos para solicitar la extensión de efectos de una sentencia unificada de forma rigurosa con el fin de que la petición interpuesta no se asemeje al escrito de una demanda. De igual modo, establece ciertas causales para que las entidades administrativas puedan, en efecto, reconocer o negar total o parcialmente la petición de extensión jurisprudencial, imponiendo la exigencia de que se expongan los motivos de manera razonada.

Requisitos exigidos para acudir a las autoridades administrativas

De la primera parte del artículo 10 de la Ley 1437 se deriva el cumplimiento de los mandatos constitucionales, artículos 6 y 121, que establecen que las autoridades sólo pueden ejercer funciones atribuidas por la Constitución y la Ley. Por ello, en la segunda parte, estipula que es deber de las autoridades administrativas aplicar disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos que tengan identidad fáctica y jurídica. En este orden de ideas, se deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado con el objeto de zanjar discusiones y evitar interpretaciones erróneas que contraríen principios como la igualdad y la seguridad jurídica.

Por su parte, el artículo 102 del CPACA establece que las autoridades administrativas deberán extender los efectos de una sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, siempre y cuando el peticionario acredite estar bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho. Para ello, deberá cumplir los siguientes requisitos que se encuentran en vía legal y jurisprudencial:

Requisitos legales

1. El interesado debe presentar una petición ante la autoridad competente, de conformidad con la Ley 1755 de 2015, sin que haya caducado la pretensión judicial; es decir, que no haya expirado el término para acudir a la jurisdicción

mediante el medio de control judicial (nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho).

2. La solicitud debe contener una justificación razonada donde se evidencie que la situación fáctica y jurídica es igual ante las circunstancias de hecho y de derecho del demandante, definido en la sentencia de unificación que se pretende hacer extensiva.

Requisitos jurisprudenciales

1. Aportar las pruebas con las cuales se cuenta para hacer efectivo el derecho, tanto las que el interesado tenga en su poder como las que reposen en la entidad, entendiendo que las pruebas deben presentarse como si el interesado fuera a interponer una demanda contenciosa.
2. Allegar copia de la sentencia o de su respectiva referencia (Consejo de Estado, Sentencia 2016).
3. Solicitar que los efectos de la providencia se extiendan y correspondan a una sentencia de las tramitadas por el Consejo de Estado en Sala Plena o en alguna de sus secciones.
4. Hacer que la sentencia que se invoque haya reconocido el derecho.
5. Indicar que no existe una petición anterior con el mismo propósito, dado que, en ese caso, quedará resuelta con la decisión de la autoridad en la extensión jurisprudencial.

Una vez cumplidos los requisitos, el procedimiento que se debe seguir consiste en que la autoridad administrativa, para adoptar la decisión, tiene un término de treinta (30) días luego de haber recibido la petición, aclarando que podrá negarla, siempre y cuando manifieste razones válidas. A primera vista, no se trata de una negativa, por lo que se deduce que, para el caso puntual, se requiere un periodo probatorio que posibilite establecer si el demandante carece o no del derecho pretendido; por ejemplo, puede estimarse que la situación fáctica y jurídica no es similar a la sentencia que sustenta la razón de la extensión de efectos de una sentencia unificada o, en su defecto, que justamente la interpretación realizada por el peticionario respecto a las normas citadas en la sentencia invocada no podrían tener la misma interpretación en el caso específico.

El plazo para responder a esta solicitud, que inicialmente era de 30 días, sufrió una modificación, en virtud del artículo 614 de la Ley 1564 de 2012, "por la cual se expide el nuevo Código General del Proceso", ampliando este plazo diez (10) días más; en lo sucesivo, las entidades administrativas deberán solicitar concepto previo a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado (ANDJE), estableciendo veinte (20) días como término para la presentación de dicho requerimiento. Es decir, el plazo inicial que tenía la autoridad administrativa para decidir se extendió otros treinta (30) días a partir del momento en que se notifica personalmente el concepto a la Agencia, o de la fecha que tenía esta para emitir dicho concepto.

Identificación de problemas que afectan la aplicación de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado

La razón de ser de este aspecto consiste en determinar cómo, desde el punto de vista legal, la figura (extensión de la jurisprudencia de sentencia unificada) presenta serios problemas que no facilitan su aplicación ni para las entidades administrativas ni para el Consejo de Estado. A esta entidad le corresponde formular el derecho de postulación, fijar las herramientas jurídicas a las que se puede recurrir, en caso de una respuesta negativa, y determinar el monto si la decisión es favorable al peticionario, o el silencio administrativo, entendido como un desconocimiento flagrante del precedente judicial.

De lo anterior se colige que son causales determinantes por las cuales las entidades administrativas dejan en cabeza del Consejo de Estado la facultad de resolver la pretensión de extender o no los efectos de una sentencia unificada.

En cuanto al derecho de postulación, nótese que la norma (arts. 102 y 269) no contempla que “el peticionario deba ser asesorado por un profesional del derecho”; pues bien podría presentar la petición “personalmente” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y de Servicio Civil, 2014, pp. 473-480) en sede administrativa y, por qué no, en el Consejo de Estado.

Lo anterior, a nuestro parecer, genera serias dudas, porque, en el contexto real, se evidencia que, en la mayoría de casos, el mecanismo ha sido interpuesto a través de un abogado. Al respecto, en el Consejo de Estado no ha habido unificación de criterios, lo que permite concluir que esto no ayuda a resolver el asunto, pues, en algunos casos, se tramitó la solicitud mediante un apoderado (Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto del 19 de diciembre de 2013) y, en otras ocasiones, fue rechazada por la misma razón (no ser presentada por un abogado) (Consejo de Estado, Sección Primera, Auto del 29 de abril de 2015).

Al revisar el contenido de la petición, la Corporación consideró que “no se encuentra debidamente razonado”; por tanto, consideramos pertinente y necesario que el legislador revise el contenido normativo con el objeto de adoptar una postura que ponga fin a la diversidad de criterios del Consejo de Estado y, en este sentido, sería más razonado si la formulación se realizara por medio de un abogado, ya que así se garantizaría un mayor conocimiento de la figura.

En cuanto a la posibilidad de usar el recurso de apelación o de súplica que adopta la administración, en especial el Consejo de Estado, sobre si se extienden o no efectos de una sentencia, tampoco está determinada en la Ley. De conformidad con el artículo 243 del CPACA, la decisión definitiva del mecanismo de extensión de la jurisprudencia, de algún modo, pone fin al proceso (Consejo de Estado, Sala de Consulta y de Servicio Civil, 2014, p. 479).

Cabe recordar que, apelar a este mecanismo, en primer lugar, suspende los términos en los cuales caduca cualquiera de los medios de control del actuar de la administración (nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho); en segundo lugar, para todo caso que sea desfavorable, el ciudadano puede acudir ante la jurisdicción contenciosa para hacer valer su derecho.

Sin embargo, es evidente que en el Consejo se ha tramitado este tipo de recursos, en particular el de súplica, con base en el artículo 246 del CPACA, en donde se contempla que “el recurso de súplica procede contra autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de apelación de un auto (...)” (Consejo de Estado, Sentencia del 3 de abril de 2014).

Ante estas circunstancias, en cuanto a la figura de la extensión de sentencia unificada del Consejo, en términos procesales, la norma reguladora también presenta un vacío jurídico que debe llenar el Congreso; por otra parte, al desconocer los preceptos de las normas referidas, se estarían vulnerando principios como el cumplimiento de los términos procesales que lo prolonga.

Al parecer, en lo relacionado con el contenido del artículo 10 del CPACA, donde el legislador dispuso que las autoridades administrativas pueden negar la solicitud, exponiendo los motivos por los cuales consideran que las normas no se deben aplicar, de conformidad con lo expuesto en la sentencia de unificación (art. 3 CPACA), también existen dificultades para la aplicabilidad de la extensión de sentencia unificada. La Corte Constitucional, para su exequibilidad, estudió y revisó este aspecto, en Sentencia C-816 de 2011, donde simplemente avala y reconoce lo establecido por el legislador, llamándolo *apartamiento administrativo*, entendido como la posibilidad de que las autoridades administrativas se alejen del precedente jurisprudencial.

Consideramos que la Corte, en estas circunstancias, cambia de criterio frente a la vinculatoriedad estricta del precedente por parte de las entidades administrativas. Es claro que, de algún modo, el criterio de la Corte, en virtud del *apartamiento administrativo*, contraría lo que por años alcanzó el innegable papel de la jurisprudencia como fuente de derecho (Henao, 2014, p. 246).

Consideramos que uno de los grandes logros en el Estado Social de Derecho fue la creación de la Corte Constitucional; por cuanto, en su ejercicio como intérprete de las normas jurídicas, ha venido reconociendo que la función del precedente jurisprudencial es de suma importancia en nuestro orden jurídico, como una muestra de lo que la doctrina jurídica ha denominado *derecho viviente*.

Al unificar la sentencia sobre un asunto determinado, el ejercicio interpretativo de las normas, los jueces y, en especial, el juez constitucional, deben prestar atención a la observancia del principio *stare decisis* (Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996). Este principio suele entenderse como la obligación

de seguir decisiones previas, dado que salvaguarda la seguridad jurídica y, en conexión con esto, protege la libertad individual frente a cambios repentinos de criterios de jueces, garantiza el derecho a la igualdad y, finalmente, permite la vigilancia y control de la actividad judicial (Sentencia SU-047 de 1999).

En este orden de ideas, creemos que la máxima autoridad constitucional, por el hecho de reconocer la determinación del legislador al aplicar la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, estaría desconociendo el precedente no sólo nacional, sino también transnacional, ya sea de una sentencia unificada de las proferidas por esta corporación o, como planteó en su momento, “con preferencia las emitidas por la Corte”.

Se contempla como “precedente” todos aquellos criterios y argumentos esbozados no sólo en sentencias de unificación, sino que pueden estar en sentencias de tutelas que profiera la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, o en autos o sentencias proferidas por las otras secciones del Consejo de Estado, que, dada su importancia, les da un tratamiento especial.

De acuerdo con la Sentencia C-588 de 2012, son *precedentes* las sentencias expedidas que no son de unificación, ya que, por no incluirse en esta categoría, no pierden su carácter vinculante, como lo refleja el Consejo de Estado:

(...) los artículos 102 y 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo deben ser interpretados con base en la Constitución Política; de manera que se entienda que el procedimiento de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado es aplicable no solamente a las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo que allí se definen, sino también a todo precedente judicial adoptado por el Consejo de Estado, entendido como una sentencia en la cual esta corporación haya adoptado una postura interpretativa específica frente a un punto de derecho, aunque se haya desarrollado en una línea jurisprudencial o no, y siempre que se encuentre vigente y actualizada como postura jurisprudencial del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto del 9 de abril de 2014, radicado 11001-03-26-0002013-00096-00 (3918-13).

En este escenario, desde nuestra perspectiva, se sostiene que esta situación no es compatible con el marco del Estado social de derecho, al reiterar que el mecanismo procedimental de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado no solamente contribuye a la descongestión judicial, sino que, como afirma Tapiero (2015), también aporta en el siguiente sentido:

(...) responde a la filosofía del Estado constitucional, que busca la unidad de solución como producto no de una actividad arbitraria del juez, sino de un proceso fundado en la ponderación racionalizada de principios, donde se tenga en cuenta que, frente a casos similares,

la decisión del juez sea consecuente y se base en la idea de construir parámetros que contribuyan en la prevención de futuros litigios que generan desgaste en apartamiento jurisdiccional y fiscal del país (p. 164).

Los anteriores preceptos están lejos de ser alcanzados, por lo menos con el mecanismo de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Lo anterior se observa en una sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en donde el grupo colegiado ejerció control sobre la providencia de un fallo emitido por la Sección Tercera "B", que niega la extensión de efectos de una sentencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-025 de 1994), en donde se trataron asuntos relacionados con el desplazamiento forzado.

Para la consejera ponente, Lucy Jeannette Bermúdez, el Tribunal Constitucional, en Sentencias C-634 de 2011, C-816- de 2011 y C-588 de 2012, fue claro, al precisar que el Consejo de Estado no tiene facultad para extender efectos de sentencias que no sean las emitidas por su propia corporación; es decir, este tipo de fallos – de acuerdo con la consejera– sirven para orientar al juez cuando tome decisiones frente a los efectos de una jurisprudencia y, de este modo, el peticionario, en todo caso, debe necesariamente referenciar o traer a colación sentencias unificadas del Consejo de Estado, puesto que son ellos los que, en últimas, deciden de fondo el asunto (Consejo de Estado, Sección Quinta, consejera ponente Lucy Jeannette Bermúdez).

Lo anterior se debe, en parte, a que, en la interpretación de las providencias –frente al control de constitucionalidad de sentencias "T" y "SU", sus efectos *inter partes*–, el único organismo que puede hacerlos extensivos es la Corte Constitucional.

En este sentido, consideramos que, ante posturas como la de Lucy Jeannette Bermúdez, no sólo se desconocen las virtudes que puede tener el mecanismo de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, de materializar preceptos constitucionales (igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima, entre otros), así como de lograr uno de los fines por los cuales se pensó descongestionar la administración de justicia y estrechar los vínculos entre la administración y el ciudadano, sino que, de algún modo, se permite que las entidades administrativas desconozcan el precedente constitucional, al obligar que, para hacer extensivos los efectos de una sentencia, se privilegien las unificadas por la misma corporación.

En cuanto a la decisión de extender efectos de esta figura, el gravamen económico que eventualmente pueda favorecer al ciudadano es otra de las dificultades por las cuales la administración no concede la pretensión; pues, de conformidad con el Decreto 2170 de 2016, por medio del cual se liquidó el presupuesto general de la nación, fijado en la Ley 1815, se entiende que, cuando se extiendan efectos de una sentencia unificada proferida por el Consejo de Estado, la erogación económica será responsabilidad del jefe de cada entidad.

Otra de las dificultades que imposibilita la aplicabilidad de la extensión de la jurisprudencia se relaciona con el silencio administrativo. De acuerdo con el orden legal (artículo 102 de la Ley 1437 de 2011), se establece que, una vez presentada la solicitud de extensión, las autoridades administrativas podrán concederla, reconocerla en forma parcial, negarla mediante respuesta o, simplemente, guardar silencio.

Según esta ley, nos encontraríamos ante la figura del silencio negativo cuando a las autoridades administrativas se les faculta para guardar silencio; sin que procedan recursos administrativos por este acto ni el control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 102 de la Ley 1437 de 2011), que, cabe decir, va en contravía del artículo que contempla el silencio administrativo.

El derecho de petición como garantía constitucional

Revisar el concepto y alcance del derecho de petición, frente a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, permite deducir que aquel, de cierto modo, es un recurso que se suma a la descongestión judicial y, por consiguiente, bien vale la pena considerarse como un instrumento de participación ciudadana en el control del ejercicio de la autoridad pública (Madrid-Malo, p. 567).

En Colombia, con la puesta en vigencia de la Carta Política de 1991, surge el Estado Social de Derecho, con un elemento central como lo es el de privilegiar las personas y promover el sentido de la dignidad humana. Por tanto, dentro del contenido normativo se crean los *derechos fundamentales* (Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 2003¹⁹), entre ellos, el derecho de petición, en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante

19 La Corte Constitucional no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de derechos fundamentales. Su postura ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Entre estos dos extremos se han presentado varias posturas teóricas. De la línea dogmática de la Corte Constitucional no es posible establecer un concepto claro y preciso de derecho fundamental. Ello no quiere decir que esta línea deba ser abandonada, sino que exige su sistematización, pues la Constitución no define qué se entiende como derechos fundamentales y, por otro lado, autoriza reconocer como tales derechos no positivizados. A partir de dicho análisis, es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje la dignidad humana como valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y se traduzca en un derecho subjetivo; es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define desde los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como desde las circunstancias particulares de cada caso (tópica). Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales (artículo 23 de la Constitución Política).

Lo anterior tiene un desarrollo legal a partir de la Ley 1437 de 2011 y de la Ley 1755 de 2015, "por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento y de lo Contencioso-Administrativo. Pese a que el derecho de petición está plenamente consagrado, el constituyente de 1991 le otorgó la posibilidad de ser amparado por la acción de tutela para lograr su eficacia sin dilaciones, tanto para los servidores públicos como para los particulares, a la luz de los fines esenciales del Estado, artículo 2 de la Constitución, contemplado en el artículo 31 de la Ley 1755:

La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta primera parte del Código, constituirá falta para el servidor público y dará lugar a las sanciones correspondientes, de acuerdo con el régimen disciplinario.

De lo anterior se colige que la razón de ser del derecho de petición consiste, entre otras, en mantenerse en constante "comunicación con la administración" (Corte Constitucional, Sentencia T-452 de 1992²⁰). Por consiguiente, tan pronto como el ciudadano ponga en conocimiento al servidor, le asiste el deber de cumplir el mandato constitucional y legal de manera efectiva y eficaz; pero, debido a que desde la Constitución se genera una herramienta para su incumplimiento, se observa en el contexto que las instituciones terminan siendo laxas con aquellos funcionarios que no cumplen con su deber.

Las anteriores circunstancias, dicho sea de paso, han generado también la congestión de juzgados y tribunales, cuando bien se podría lograr su efectividad si en verdad se aplicara el régimen disciplinario. Esto ayudaría, según nuestro

20 Este derecho muestra, tal vez más que ningún otro derecho fundamental, la naturaleza de las relaciones de los asociados con el poder público en el Estado liberal. Es, junto con los derechos políticos, el mecanismo de participación democrática más antiguo en esa forma del Estado. En efecto, allí las relaciones entre la sociedad y el Estado permiten a la primera, con la consagración del *derecho de petición*, solicitar que este provea para el interés particular o general, imponiéndole al aparato institucional la obligación de atender esas solicitudes, de acuerdo con las posibilidades que le otorga la Ley. Este tipo de "relación política" no es propio de otras formas del Estado que atienden las peticiones de los asociados como respuesta a título de "gracia" (monarquía), o cuya legitimación resulta precaria, en razón de que el poder estatal no busca satisfacer el interés general, sino el de una determinada clase (periodo de la "dictadura del proletariado"); en el sistema político demoliberal, por el contrario, el individuo es personero de intereses propios y de la sociedad en general, lo que es reflejo de la aspiración democrática que contiene el modelo político. En esto justamente se encuentra el contenido autónomo del derecho humano que se comenta, que, además, tiene el contenido de los derechos que se piden mediante su ejercicio, que son de la naturaleza más general, públicos o privados, absolutos o relativos, subjetivos y objetivos, lo cual ha llevado a sustentar la aseveración de que es un derecho que sirve de instrumento para lograr la protección de los demás derechos de los individuos. Con el aumento de las funciones administrativas en el Estado, después de la segunda posguerra, el derecho de petición ha ampliado su campo de aplicación, que permite un intenso diálogo entre los administrados y las agencias de servicios públicos, lo que no quiere decir que este recurso sólo pueda dirigirse a la administración, porque permite también formular solicitudes a las otras ramas del poder público.

parecer, a que los funcionarios tomen conciencia del servicio que prestan, que podrían, en un momento dado, mejorar la imagen de la institución que representan, como lo afirma el magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, en Sentencia T-159 de 1993, cuando señala que de “lo que se trata es de que las autoridades públicas tomen conciencia de la inmensa responsabilidad que les asiste en su ejercicio diario (Corte Constitucional, 1993):

(...) el funcionario público debe ser formado en una cultura que marque un énfasis en la necesidad de servir diligentemente a los ciudadanos y, en especial, a aquellos que se encuentren marginados por la pobreza, la indefensión, la ignorancia o las necesidades de toda índole, sobre todo cuando, como bien lo señala la Sentencia de la Corte Constitucional T-307 de 1999, ‘esas condiciones de pobreza y vulnerabilidad pueden llegar a producir una cierta ‘invisibilidad’ de esos grupos sociales (...) (Corte Constitucional, Sentencia T-929 de 2013).

En ese sentido, lo que se pretende revisar es el acto omisivo de las entidades administrativas de dar respuesta al derecho de petición, mas no a la pretensión en sí del solicitante, teniendo en cuenta que es posible que este no cumpla con los requisitos exigidos por la Ley, o no tenga el derecho desde el punto de vista legal y jurisprudencial. De modo que, de acuerdo con lo anterior, la administración está obligada a emitir una respuesta en los términos de la Ley, sin que necesariamente implique el poder que deba tener el titular del derecho para obtener lo pedido.

En otras palabras, la posibilidad de presentar peticiones respetuosas sobre la extensión de efectos de sentencia unificada y la satisfacción pronta y material de lo solicitado representan la concreción del derecho, independientemente de si la respuesta es o no positiva, como lo expresa Juan Manuel Carria Segura, quien aduce los siguientes argumentos:

(...) La decisión tomada debe desatar la inquietud que plantea el solicitante, lo que sólo es posible alcanzar si se aborda sustancial o materialmente lo pedido, sin que ello signifique siempre una solución que favorezca los intereses de la patente, pues la respuesta también puede ser negativa. Pero, en uno u otro caso, se debe fundamentar de forma adecuada, es decir, resolver de fondo, de una manera clara, precisa, congruente y ponerse en conocimiento del peticionario (...) pues lo lógico es concluir que, si este no conoce el contenido de lo resuelto, no podrá afirmarse que el derecho ha sido observado cabalmente (2002, p. 6).

En esa medida, consideramos, por un lado, que la actuación administrativa refleja la intención del legislador de establecer, dentro del contenido normativo, la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, un cambio antropológico en lo que atañe a la relación directa de “iguales”, entre la autoridad administrativa y la persona (Seminario internacional de presentación del Nuevo Código

Contencioso-Administrativo, Ley 1437 de 2011, pp. 31-32) con el fin de evitar que los ciudadanos acudan ante los jueces para que estos resuelvan los conflictos de naturaleza administrativa.

Por otro lado, si, en efecto, se respondieran los derechos de petición que solicitan extender efectos de una sentencia unificada del Consejo de Estado – sin importar que esta pretensión no favorezca al ciudadano–, se preservarían principios propios de función administrativa como la celeridad y economía procesal, entre otros, bajo el entendido de que a la entidad estatal a la que se solicita su aplicabilidad, el Estado y el peticionario pueden ahorrarle esfuerzos ineficaces en *litis*.

En relación con aspectos económicos, sería más rentable para el Estado reconocer los derechos por vía administrativa que mediante un largo proceso jurídico; del mismo modo, posibilitarían los trámites a los distintos procesos del contencioso-administrativo que se encuentran no sólo atrasados, sino que, de esa manera, la entidad administrativa se ahorraría el hecho de que se siga demandando por el desconocimiento flagrante de derechos de los particulares o por el abuso de administración, ya sea por la acción u omisión de sus potestades administrativas.

No es justo que las personas, en el día a día, deban lidiar con la burocracia administrativa, la pereza funcional, la indiferencia oficial y el desgano de los servidores públicos. Así, frente a una cantidad de derechos de petición donde se solicita la aplicabilidad de esta figura, la administración –según los trabajos que convocó esta reflexión– no ha llevado a cabo ningún trámite alguno por parte de las entidades estatales, sino que lo común ha sido guardar silencio y dejar que el Consejo de Estado resuelva el asunto. Lo anterior evidencia no sólo que desconocen su importancia, sino las implicaciones que puede tener tal omisión al ignorarlos o denegarlos.

No se debe dejar de lado la realidad de que, con la sola respuesta al derecho de petición por parte de la autoridad administrativa –aunque no sea favorable para el peticionario–, se satisface el interés y la finalidad, no sólo de la figura de la extensión de la jurisprudencia, sino del derecho que tiene la persona frente al derecho de petición, al hacer improcedente la segunda fase del procedimiento de extender efectos de la sentencia unificada, a que no se interponga otro mecanismo al particular como sería el caso de la tutela. Así, esta omisión deja un sentimiento de desorientación, impotencia e incertidumbre sobre la titularidad de un derecho pretendido.

En este contexto, según Parrado y Cerquera (2017), frente a ese acto omisivo de la administración al no dar respuesta a las solicitudes de extensión de la jurisprudencia, le ha correspondido al Consejo de Estado resolver estas peticiones a través de demandas o procesos especiales para determinar si se extiende o no la jurisprudencia. La cantidad de procesos recibidos a diario conduce a señalar que,

en efecto, es el ciudadano quien no cumple con los requisitos formales exigidos por la norma.

De lo anterior se concluye que la respuesta puede ser fijada por la entidad a la cual se solicita la petición; lo que conllevaría no hacer uso del silencio administrativo como regla general. En el marco de un estado social de derecho, a la administración pública, teniendo en cuenta el respeto por la dignidad del ser humano, le corresponde proporcionarle al ciudadano una eficaz protección y garantía de derechos inalienables, con base en los artículos 10 y 102, suscrita en la Ley 1437 de 2011 (Corte Constitucional, Sentencia T-1625 de 2000), y no evadir la responsabilidad con una serie de aspectos irrelevantes que evidencian el poco interés de conceder los efectos de la extensión jurisprudencial de una autoridad administrativa.

Ética del funcionario público

La gran mayoría de los Estados modernos incorporan en las constituciones principios democráticos y garantistas de los derechos fundamentales. Por consiguiente, a los sistemas administrativos les corresponde liderar cambios de orden económico, político y social, lo que hace que la función administrativa presente mayores niveles de complejidad e interacción, debido a la diversidad de problemas colectivos, que exigen de los funcionarios estatales un tratamiento eficaz y con alta calidad en su desempeño.

En este sentido, recuperar la ética del servicio público es relevante, entre otras cosas, porque consideramos que comprenderla y apropiarse de ella, a nivel personal e institucional, contribuye a eliminar situaciones de corrupción, desfalco e ilegalidad y, en lo relacionado con la figura de la extensión de la jurisprudencia, se evitaría caer en la desobligación de no responder o garantizar derechos de rango constitucional, como el de obtener una respuesta frente a la solicitud de extender efectos de una sentencia unificada emitida por el Consejo de Estado, sin que la respuesta favorezca la pretensión.

Igualmente, al invocar la ética como fuente principal que oriente la conducta ejemplar y responsable, es factible situar el valor público desde la lógica del buen gobierno, como respuesta a un sistema funcional, de cara a la vida de los ciudadanos y la credibilidad de las organizaciones estatales y administrativas.

De acuerdo con Uvalle Berrones (2011), el quehacer institucional se centra principalmente en el ser humano como referente importante de la democracia (p. 60) y, a partir del concepto de la dignidad del ser humano, implica que se reconozcan obligaciones y derechos de igualdad, libertad y bienestar para todos. Para ello, es preciso que los funcionarios se formen y preparen, sobre todo en la adquisición de herramientas jurídicas que generen niveles de eficiencia, satisfacción en el desempeño de su labor, así como en el aporte al cumplimiento de la misión institucional.

En el caso del orden jurídico colombiano, se legisla la función y el empleo público y, con respecto a los objetivos de la capacitación, se menciona lo siguiente:

(...) está orientada al desarrollo de sus capacidades, destrezas, habilidades, valores y competencias fundamentales con miras a propiciar su eficacia personal, grupal y organizacional, de manera que se posibilite el desarrollo profesional de los empleados y el mejoramiento en la prestación de los servicios (art. 36 de la Ley 909 de 2004).

De acuerdo con lo anterior, la omisión de respuesta al derecho de petición es una falta censurable desde el punto de vista jurídico, específicamente el derecho colombiano sancionador o disciplinario. Además, es deber de los funcionarios públicos, con base en principios democráticos, públicos y administrativos, ser benevolentes frente a estos preceptos de orden constitucional.

Omisión a responder derechos de petición

El actuar de los funcionarios públicos está reglamentado y sancionado en la Ley 1437 de 2011 y la Ley 1952 de 2019. El CPACA establece los principios básicos de la función administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Corte Constitucional, a saber: debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad, así como lo establecido en el artículo 23 del Código General Disciplinario, en donde se dispone que la garantía de la función pública es la aplicación *sine qua non* de dichos principios:

“desempeño del empleo, cargo o función. El sujeto disciplinable ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y acatará el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de interés, establecidos en la Constitución Política y en las leyes (Ley 1952 del 29 de enero de 2019).

El incumplimiento de lo anterior constituye una falta disciplinaria, por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o extralimitación de sus funciones (artículo 27 de la Ley 1952 de 2019); lo que da lugar a la “imposición de sanción disciplinaria” (art. 26, Ley 1952 de 2019). De acuerdo con esta ley, se determina que uno de los deberes de todo servidor público consiste en “ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos” (art. 38, numeral 16, Ley 1952 de 2019).

Sin embargo, en el contexto nacional, es visible la falta de conocimiento y el desinterés que tienen los funcionarios públicos, no sólo sobre el derecho de

petición en sí, sino sobre la figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, debido a que tampoco el Estado ha sido diligente en impartir sanciones ejemplares frente al quebrantamiento de derechos; de igual modo, no cuenta con una entidad que haga seguimiento a este tipo de conducta, razón por la cual parece ser que, de forma reiterada, los servidores públicos no respetan principios constitucionales como el derecho de petición.

En este sentido, lo que se define como *falta disciplinaria*, según el artículo 39 de la Ley 1952 de 2019, es la inobservancia del derecho de petición, fijada en los siguientes términos: "Omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares o a solicitudes de las autoridades, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento".

Con respecto al concepto de *falta disciplinaria*, y según lo establecido en el artículo 7-6 del CPACA, la falta de atención a las peticiones, la inobservancia de los principios consagrados en el artículo 3 de la misma norma, y de los términos para resolver o contestar, constituirán causal de mala conducta para el funcionario, lo que daría lugar a las sanciones correspondientes, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 5 de este código.

De acuerdo con la norma en mención, no responder el derecho de petición suele ser considerada como una falta gravísima (art. 65, Ley 1952 de 2019), entre otras cosas, porque es deber de todo servidor público "actuar con imparcialidad, asegurando y garantizando los derechos de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, respetando orden de inscripción, ingreso de solicitudes y peticiones ciudadanas que acatan los términos de ley" (artículo 39, Ley 1952).

De igual manera, se entiende que la demora sistemática en la sustanciación y fallos de los asuntos asignados por parte de un servidor público, o exceder los términos fijados por la ley o reglamentos internos, en una proporción que represente el veinte por ciento (20%) de su carga laboral, son causales para tipificar la conducta como falta gravísima.

En ese orden de ideas, cabe precisar que los términos que la administración fija para responder a un derecho de petición en donde se solicita hacer extensivos los efectos de una sentencia unificada del Consejo de Estado fueron fijados inicialmente en un término de treinta días, situación que se modificó posteriormente.

Conclusiones

Las entidades, al no responder los derechos de petición, desconocen también los términos perentorios establecidos para tramitar la primera fase del procedimiento, surtida ante las entidades administrativas. Este hecho posibilita que la etapa procedimental, en cabeza del Consejo de Estado, también exceda

de forma injustificada estos términos, al punto de que parece más un proceso ordinario donde, para concluir o fallar, se tarda cuatro (4) o cinco (5) años, como es el caso de la nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho, cuando lo establecido o lo pretendido por el legislador es un procedimiento abreviado.

En los derechos de petición presentados ante los organismos públicos, debe primar la finalidad general del interés público en todas las manifestaciones de voluntad de la administración, y debería existir correspondencia entre la finalidad y la norma que autoriza. Esta finalidad la debe buscar el funcionario al hacer uso de esta facultad, puesto que con la petición se trata de encontrar una respuesta de la administración o de un particular.

En ciertas ocasiones, lo más importante de esa búsqueda es la protección y garantía de derechos, por lo cual la respuesta debe ser acorde con los fines esenciales del Estado y, por ende, identificarse con la Ley, que expresa la identificación o no de un acto administrativo, y no lo que sucede, de forma recurrente, en relación con la figura de la extensión de la jurisprudencia; por cuanto la administración, al hacer caso omiso a la solicitud, guarda un silencio absoluto.

Al ser la respuesta del derecho de petición un acto administrativo, es susceptible de recursos y, por ende, es posible acceder ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo cuando se vulnere algún derecho; pero, en caso de que existiera una respuesta negativa, el ciudadano cuenta con la segunda etapa del procedimiento, la de acudir ante el Consejo de Estado.

Frente al silencio de la administración, el ciudadano, antes de que se cumplan los términos para la segunda fase, acude ante el Consejo de Estado para que se le resuelva el caso. Al parecer, bien podría acudir a la acción de tutela, por la vulneración a un derecho fundamental, la respuesta al derecho de petición.

Una de las razones por las cuales la acción de tutela no se ha interpuesto frente al acto omisivo de la administración radica en que, desde el punto de vista legal y jurisprudencial, se han convalidado este tipo de actuaciones; lo que conduce a pensar que las políticas públicas, de algún modo, mantienen esa misma base, sin dar importancia al derecho de petición ni promulgar el buen y correcto funcionamiento de la administración pública.

Frente a este estado de cosas, vale la pena revisar el actuar de la administración, desde el punto de vista ético, en lo relacionado con las características básicas que determinan la actuación de los funcionarios públicos, como la capacidad de discernir ante cualquier mandato y la imposibilidad de observar y reflexionar acerca de las consecuencias de sus acciones.

Lo anterior tiene mucho sentido, pues pensar la justicia impartida por la administración pública moderna y la función del servidor estatal como “el último guardián de las promesas” es un asunto bastante significativo para la ética filosófica;

estos elementos podrían ser identificados con base en los principios fundamentales válidos para una comunidad en general, a saber: la responsabilidad, los criterios normativos de la función pública y la ética jurídica que debe orientar la práctica de los profesionales, sin que se caiga en conceptos de índole moral; porque de lo que se trata es de realizar una construcción de la realidad social en el espacio comunicacional y de ofrecer garantías constitucionales desde la institucionalidad.

Referencias bibliográficas

Doctrina

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2017). Circular Externa n. ° 0002 (julio 17). *Lineamientos para la intervención de las entidades públicas en el trámite de extensión de jurisprudencia* previsto en la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo.
- Aguilera-Martin, M. y Aponte-González, J. (2017). La extensión de la jurisprudencia: soportes constitucionales, efectos y aspectos controversiales sobre su aplicación, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.° 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia.
- Arias, G. F. (2013). *Problemáticas actuales del derecho administrativo colombiano. Valor vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Bulla Romero, Jorge Enrique. (2010). *Derecho de petición*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Castro Blanco, Elías. (2016). *Los derechos humanos frente al debate filosófico y político contemporáneo y el problema de la legitimación. Liberales, comunitaristas y republicanos aplicados a un enfoque práctico colombiano* (tesis presentada en la Universidad Externado de Colombia en el programa de Doctorado en Estudios Políticos, que obtuvo mención de reconocimiento por unanimidad del jurado). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez Colección de tesis doctorales n. ° 20.
- Henao, Juan Carlos. (2014). *La jurisdicción de lo contencioso-administrativo: cien años creando derecho a partir de precedentes jurisprudenciales, 100 años de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds).
- Kafka, Franz. (1984). *El proceso*. Editorial Andrés Bello.
- Kundera, Milan. (2014). *La insoportable levedad del ser*. Editorial Planeta.
- López, Diego. (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las altas cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho.
- López, Diego. (2016). *Eslabones del derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*. Bogotá: Legis Editores.
- Mèlich, Joan-Carles (2014). *Lógica de la crueldad*. Barcelona: Herder.
- Mendieta, Óscar. (2006). *La dimensión moral*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2014). *Las sentencias de unificación y el mecanismo de la extensión de jurisprudencia*. Bogotá, Colombia.
- Parejo, A. (2007). *Lecciones de derecho administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Parrado, M. P. y Cerquera, J. (2017). *Criterios aplicados por las autoridades administrativas para rechazar las solicitudes de extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado (2011-2017)*. (Trabajo presentado para optar al título de Maestría en Derecho Administrativo, con mención meritoria). Bogotá: Universidad Libre.
- Segura, M. R. (2015). Precedente jurisprudencias vs. unificación jurisprudencial.
- Tapiero, R. (2015). Una mirada al ejercicio de la solicitud de extensión de la jurisprudencia. *Revista Justicia*, n. ° 30.
- Uvalle B., Ricardo. (2014). La importancia de la ética en la formación de valor público. *Revista Estudios Políticos*, n. ° 32.
- Villoria, Manuel. (2007), *Ética posconvencional e instituciones en el servicio público*. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, vol. 117, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

Legislación nacional

- Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo. Diario Oficial n. ° 47956 del 18 de enero de 2011.
- Congreso de la República. Ley 1952 de 2019 (28 de enero). Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario (empieza a regir el 28 de mayo de 2019).
- Congreso de la República. Ley 1755 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo. Diario Oficial n. ° 49559 del 30 de junio de 2015.
- Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n. ° 48489 del 12 de julio de 2012.
- Congreso de la República. Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Diario Oficial n. ° 47768 del 12 de julio de 2010.
- Congreso de la República. Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n. ° 45680 del 23 de septiembre de 2004.
- Congreso de la República. Ley 1815 de 2016. Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017. Diario Oficial n. ° 50080 del 7 de diciembre de 2016.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1365 de 2013. Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de la Ley 1564 de 2012, relativas a la

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Diario Oficial. Año CXLIX, n. ° 48834, 27 de junio de 2013, p. 3.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 01 de 1984 (2 de enero). Por el cual se reforma el Código Contencioso-Administrativo, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 11 de la Ley 58 de 1982 y oída la comisión asesora creada por el artículo 12 de esta ley. Diario Oficial n. ° 36439 del 10 de enero de 1984.
 - Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2170 de 2016 (27 de diciembre). Por la cual se liquida el presupuesto general de la Nación para la vigencia fiscal de 2017, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos.

Jurisprudencia nacional Corte Constitucional

- Sentencia T-452 de 1992. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz
- Sentencia T-159 de 1993. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa
- Sentencia T-025 de 1994. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía
- Sentencia C-037 de 1996. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa
- Sentencia SU-039 de 1997. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell
- Sentencia T-724 de 1998. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra
- Sentencia T-566 de 1998. Magistrado ponente: Alfredo Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia T-634 de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia SU-047 de 1999. Magistrados ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia T-377 de 2000. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero
- Sentencias T-1625 de 2000. Magistrado ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez
- Sentencia T-439 de 2000. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia SU-1122 de 2001. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia C-589 de 2001. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla
- Sentencia T-227 de 2003. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia T-116 de 2004. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia C-634 de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia C-860 de 2011. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo
- Sentencia C-588 de 2012. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo
- Sentencia T-929 de 2013. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo

Consejo de Estado

- Auto del 19 de diciembre de 2013, Sección Segunda
- Auto del 9 de abril de 2014, radicado 11001-03-26-0002013-00096-00 (3918-13), Sección Segunda
- Sección Tercera. Radicado 2083275 76001-23-33-000-2013-00176-01 50125 (C. P. Stella Conto Díaz Del Castillo; 17 ab de abril de 2015)
- Sección Segunda. Radicado 2087613 11001-03-25-000-2013-00898-00 1948-

- 13 (C. P. William Hernández Gómez; 30 de agosto de 2016)
- Sección Tercera. Radicado 2085949 11001-03-26-000-2016-00032 00 56360 (C. P. Hernán Andrade Rincón; 22 de septiembre de 2016)
 - Sentencia 860 de 2014
 - Sentencia del 3 de abril de 2014

Cybergrafía

- Pérez, Teodoro. (2006). *Ética en las entidades del Estado*. Publicaciones USAID. Disponible en http://www.incoder.gov.co/file/calidad/modelo_gestion_etica.pdf
- Zambrano, Cetina (2012). La protección de derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa en instituciones del derecho administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Disponible: http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/Documentos/Insituciones_del_derecho_administrativo_en_el_nuevo_codigo.pdf [consultado el 30 de julio de 2018].

Neoliberalismo y educación en Colombia

Holbein Giraldo Paredes²¹

La educación es el arma más poderosa que puedes usar para cambiar el mundo.

NELSON MANDELA

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo mostrar cómo la construcción de las políticas de educación en la sociedad colombiana en los últimos veinte años ha sido producto de un conflicto constante entre FECODE²² y el Estado; estas se han concebido en medio de una tensión política, producto de dos concepciones de la educación: por un lado, una perspectiva de estado que defiende la implementación de un modelo neoliberal educativo, a través del cual se dará un proceso de mercantilización y privatización de este derecho y, por otro lado, FECODE, que defiende el estado garantista de bienestar social, perspectiva que ampara el derecho constitucional a una educación gratuita y de alta calidad.

Para García (2015), en las últimas décadas la privatización ha sido un paradigma presente en las políticas educativas a nivel internacional. Para sus defensores, la privatización permite resolver la ineficiencia de la educación pública y incentivar procesos de responsabilidad en los actores involucrados en la educación. Para quienes están en contra de la privatización, esta no es sino un proceso más para ampliar las desigualdades sociales.

21 Doctorando en Educación de la Universidad de Baja California, México. Profesor catedrático de la Universidad del Valle, sede Palmira. Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Libre, seccional Cali. Investigador del grupo *Filo Juris*.

22 Federación Colombiana de Educadores.

En el siglo XX, el Estado monopolizó la educación; este hecho ha sido cuestionado por uno de los economistas más influyentes de este siglo, Friedman (1912-2006), defensor a ultranza del liberalismo económico, que apoyó la idea de la no intervención del Estado ni en la economía ni en la educación, y planteó una reestructuración radical del sistema educativo a través de un proceso de privatización. Desde esta perspectiva, la educación se concibe como una industria privada muy productiva que debería ofrecer una gran cantidad de estrategias de enseñanza, lo que estimularía una fuerte competencia frente a la educación pública.

Para García (2015), no es una casualidad que la educación se convierta en una de los elementos más importantes para los defensores de las teorías de la economía de mercado. Para ellos, la educación es el mercado de mayor extensión del siglo XXI y parece estar en la mira del sector privado. Los grandes capitales que invierten cada año los gobiernos y los grupos familiares en el sector educativo provocan la avaricia por apoderarse de tan rentable negocio. En este sentido, la educación se constituye en un mercado que estará siempre garantizado y que será casi infinitamente inagotable.

La educación en Colombia

En los años sesenta se produjo una crisis de la educación pública. Los docentes del magisterio colombiano se organizaron y confrontaron al Estado; a partir de allí se creó el movimiento pedagógico, un espacio de suma importancia en el que se rescató al maestro como trabajador de la cultura y se le reconoció como protagonista en el contexto comunitario. Además, se abrió un espacio importante de expresión política del sector docente, gracias a la publicación de la revista *Educación y Cultura*. También se propició un espacio para la investigación científica: el Centro de Estudios e Investigaciones Docentes.

En Colombia, el movimiento pedagógico planteó un debate que aún tiene mucha vigencia; en el cual participaron organizaciones de izquierda, las universidades y, por supuesto, FECODE. Los puntos de discusión giraban en torno a dos grandes interrogantes: i) ¿cuál era el papel de la educación en la sociedad colombiana? ii) ¿cómo mejorar la calidad de la educación en Colombia?

FECODE propició la realización de eventos relevantes como el Foro nacional por la defensa de la educación pública, llevado a cabo en Bogotá, en septiembre de 1984, y el Congreso pedagógico nacional, celebrado también en Bogotá, en agosto de 1987. Estos debates alimentaron las páginas de la revista *Educación y Cultura*, editada por el Centro de Estudios e Investigaciones Docentes (CEID), adscrito a FECODE. La discusión permitió hacer públicas una variedad de concepciones, posturas y puntos de vista de los maestros, la academia y las organizaciones políticas y sociales acerca de los

asuntos fundamentales y determinantes de la educación: el papel de la escuela y del maestro en la sociedad colombiana y la calidad de la educación. Desde una perspectiva proveniente de un sector de la izquierda intelectual, se defendía la consigna de “solo si cambia el sistema, cambiará la educación”, expresada en la tesis en la que se señalaba que “sobre las ruinas del estado burgués se construiría un estado proletario y, por consiguiente, el sindicato y la escuela estarían al servicio de esta causa”. Desde esta óptica, se identifica a la escuela como un aparato ideológico a través del cual la clase dominante impone su propia visión del mundo a las demás clases y, además, reproduce en su interior las relaciones propias del sistema económico predominante (Bocanegra, 2010, p. 36).

El debate en nuestro país dio lugar a múltiples posturas pedagógicas, filosóficas y políticas. En FECODE nacieron diversos planteamientos en torno a cuál debía ser el rumbo que habría de seguir el movimiento pedagógico. En este escenario, lo político y lo pedagógico iban a ser debatidos desde varios ángulos:

Resistencia, movilización y confrontación son condiciones para avanzar en la construcción, desde el Movimiento Pedagógico, de una política alternativa que reivindique el valor histórico, social y cultural de la educación de los colombianos. La respuesta del magisterio, de las comunidades académicas y de la sociedad, en su conjunto, debe ser la defensa de la educación pública como patrimonio histórico y cultural de la nación y de la humanidad. Esta defensa debe dotarse de un sentido y de una agenda que, de una vez por todas, defina el rumbo de la educación y sus efectos en la conquista de un país libre, soberano y democrático, donde la dignidad, la justicia y la igualdad sean los bastiones del crecimiento cultural, social, político y económico, en armonía con el cultivo de lo humano y de la madre tierra. Definir una política educativa alternativa, demanda del magisterio colombiano, de los sindicatos y de las organizaciones políticas y populares, asumir el compromiso para abrir un debate nacional junto con el estudio riguroso de la praxis educativa (CEID FECODE).

Al debate nacional se unieron docentes universitarios de mucho reconocimiento; lo que le dio mayor fuerza al Movimiento Pedagógico. Este fue un escenario para que FECODE desarrollara un planteamiento que iba más allá de lo meramente gremial y se pensara en un marco político más amplio que propusiera un nuevo concepto de docente, basado en su formación pedagógica, producto de la necesidad de construir un ideal de país donde la educación fuera concebida desde un enfoque de derechos y defensa de lo público:

Es compromiso del magisterio colombiano la transformación de la escuela y la participación de la educación en la transformación social

(...) Para llevar a la práctica este compromiso histórico los maestros debemos avanzar en el estudio de la pedagogía, la didáctica y las disciplinas del conocimiento, debemos conquistar la autonomía escolar, recontextualizar los fines de la educación y legitimar el gobierno escolar para hacer de cada escuela un proyecto educativo y pedagógico alternativo. Este propósito se hace posible, en la medida en que generemos formas de organización a nivel escolar y regional, como los Círculos Pedagógicos, colectivos en los que se estudia la política educativa, la pedagogía, los métodos de enseñanza y de aprendizaje, y se desarrollan procesos de investigación que sustentan y hacen la crítica correspondiente a las prácticas y políticas educativas. No se puede desconocer que el maestro es una persona inmersa en unas condiciones laborales, sociales y culturales que, junto con su tarea de transformación de la escuela, debe reivindicar los derechos y condiciones para el ejercicio de su profesión; además de las condiciones salariales y de bienestar, es necesario reclamar el derecho a la formación permanente en pedagogía, en didáctica y en las áreas del conocimiento escolar, así como en conseguir la unificación de un estatuto docente que permita su dignificación y profesionalización (CEID FECODE).

Desde la década de los noventas, FECODE ha visto restringido su accionar por el inicio de la Constituyente de 1991; a partir de este decenio se implementó el modelo neoliberal. En el contexto de la discusión sobre la crisis que vivía la educación pública, la Federación Colombiana de Educadores promovió el debate público con el fin de diseñar una agenda política que permitiera realizar una transformación democrática de la educación. Para ello, se presentó al Congreso un proyecto de ley de educación y una propuesta para financiarlo. El sector docente del magisterio tuvo una participación importante:

Asamblea Nacional Constituyente y la aprobación de una serie de disposiciones que formarían parte de la Constitución Política de Colombia promulgada en 1991. Al respecto, el maestro Abel Rodríguez, uno de los delegatarios provenientes del sector educativo, señala: "La Asamblea Constituyente presentaba una oportunidad excepcional para tratar de traducir a normas constitucionales algunas de las banderas que han animado por muchos años la lucha social a favor de la educación". FECODE, por su parte, presentó a la Asamblea Nacional Constituyente siete propuestas sobre la educación colombiana, fundamentadas en "los mismos principios que inspiraría después el Proyecto de Ley General de Educación". Otro elemento de enorme importancia para la comprensión del proceso, que hizo posible que el magisterio colombiano incidiera profundamente en la configuración institucional del sector educativo y en la definición de las políticas educativas para Colombia, fue la aprobación del Proyecto de Ley General de Educación (Ley 115 de 1994), presentado por FECODE al Congreso de la República y la Ley 60 de 1993, que "estableció un régimen descentralizador, sin carácter municipalizador" (resultado de la negociación

de FECODE y el Gobierno nacional, luego de una huelga prolongada de los maestros colombianos) (Bocanegra, 2010, p. 38).

Después de la Constituyente del 91, los actores que participaron en los diversos espacios de planeación educativa, docentes, padres de familia y representantes del Gobierno hicieron hincapié en la importancia de brindar cobertura y calidad a nivel educativo en todo el territorio nacional. En ese momento, para la consecución de este objetivo se plantearon muchas estrategias, contradictorias entre sí. La pregunta que se debía responder era la siguiente: ¿cómo solucionar la crisis de la educación en Colombia? Tanto la federación nacional de educadores como el Estado tenían profundas preocupaciones con respecto a estas problemáticas:

- Mayor cobertura
- Mejor calidad
- Mejor gestión

Desde los años noventa, los gobiernos diseñaron planes que redujeran el gasto público con el fin de mejorar la eficiencia de la educación; es decir, con el mismo presupuesto obtener mejores resultados. Más calidad para el gobierno de César Gaviria implicaba mayor eficiencia y, para lograr esta meta, se proponía minimizar el índice de deserción y repitencia a través de la muy polémica, recordada y nefasta política pública de promoción automática.

Ocampo (1991) plantea que, en ese momento, el Estado no debía ampliar su inversión en la educación; de esta manera, se generó una posibilidad para que la empresa privada, a través de estrategias como la concesión, aportara capital y pudiera administrar este servicio, tendencia que puso de manifiesto la influencia del neoliberalismo en la educación colombiana.

Por su parte, FECODE propuso ampliar el gasto público a fin de capacitar a los docentes; así como crear contratos de tiempo completo, mayor independencia curricular y pedagógica, y hacer que los docentes fueran quienes realizaran las evaluaciones de los aprendizajes de los estudiantes. FECODE siempre ha estado en desacuerdo en que se amplíe el número de estudiantes por salón, en busca de aumentar la cobertura, aspecto que afecta de manera negativa la calidad.

En cuanto a la cobertura, el Estado planteaba que no debía haber una ampliación del gasto nacional. Su propuesta fue la descentralización administrativa y, por medio de esta, la construcción de colegios; esto abrió la posibilidad de que el sector privado contribuyera a una mayor cobertura en todo el país.

La federación consideraba que para aumentar la cobertura era necesario incrementar el gasto público. Esto debía estar ligado a la decisión de mejorar la calidad de la educación; era un deber del Estado, y no de empresas privadas. FECODE propuso dos estrategias a fin de resolver este problema de manera definitiva: ampliar la infraestructura para educación y contratar más docentes para

la educación pública; la federación se opuso a la descentralización, pues pensaba que era el inicio de la privatización y que restringía el acceso a los grupos más pobres del país:

El nuevo sistema escolar somete la educación a los principios mercantiles de competitividad y entrega las instituciones educativas a la empresa privada y ONG. De esta forma, contradice el principio constitucional del Estado Social de Derecho, porque se pierde el carácter público de la educación gratuita y accesible a todos (Fernández, 2001, p. 10).

Para la Federación Colombiana de Educadores la educación es obligatoria y debe ser gratuita; en este sentido, se constituye en un bien público de acceso universal. La educación no puede ser concebida desde una óptica empresarial, como una mercancía, es un servicio social, derecho que el Estado les debería garantizar a todos los colombianos.

Para López (2008), frente al problema de la gestión, tanto la federación nacional de educadores como el Estado hicieron planteamientos muy puntuales; el Estado pensaba que debía llevarse a cabo una modernización de los entes que administraban la educación, con el MEN (Ministerio de Educación Nacional) y los gobiernos municipales. Igualmente, se proponía redistribuir a los profesores, de acuerdo con el número de estudiantes.

La federación proponía conservar el control administrativo de la educación a nivel nacional con el objetivo de garantizar el mandato constitucional de cobertura, calidad, obligatoriedad y gratuidad de este servicio. En cuanto a la gestión educativa, la federación planteaba disminuir el poder de los rectores y los cargos directivos en las instituciones con el fin de generar un ejercicio más democrático.

En el gobierno conservador de Andrés Pastrana (1998-2002), se implementó una reforma importante en la educación pública; se inició el proceso de privatización de la educación y su forma de adaptarse a la economía de mercado:

Las transformaciones neoliberales, en materia educativa, en su sentido más abstracto, deben ser apreciadas en una doble dimensión: en primer lugar, se trata de organizar la educación pública, de acuerdo con las reglas del cálculo económico. La educación debe ser medida como cualquier otra mercancía: por su valor y por su valor de uso. Por ello, la cuestión del costeo y la financiación, de la cobertura y la calidad, y de la eficiencia ocupan un lugar central en las consideraciones actuales de política educativa. En segundo lugar, se trata de orientar la educación pública, en función de un proyecto de disciplinamiento social, en cuya base se encuentra una "cultura" y una pedagogía del (y para el) mercado, de exaltación del rendimiento

individual, el productivismo y la competencia. De manera más concreta, las transformaciones neoliberales en el campo educativo deben ser consideradas como un componente esencial del propósito de subordinación de la educación pública a los movimientos de la economía y a las “señales” del mercado. Dada la naturaleza totalitaria y fundamentalista del proyecto neoliberal, lo que se esperaría serían un sistema de educación pública que estuviera en capacidad de adecuarse flexiblemente, de manera continua y permanente, a las demandas del sistema económico y a sus principios de organización (Estrada, 2002, p. 8).

Los lineamientos a nivel global desde instituciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio, para todos los países de América Latina, consisten en que la educación pública de cada país debe responder a las solicitudes del proceso de fortalecimiento de una nueva división internacional del trabajo. El mercado mundial necesita ser competitivo por costos laborales, debido al atraso tecnológico, razón por la cual la educación debe formar “mano de obra barata”. Estas instituciones económicas son las que más han promovido la privatización y la mercantilización del servicio educativo.

La puesta en marcha de una política educativa neoliberal ha generado uno de los debates más álgidos sobre los alcances de los procesos de descentralización, la autonomía local y sobre el rol de la educación en la sociedad. En pro de una mayor democracia en los municipios, se terminó implementando una descentralización autoritaria que hace ambigua el compromiso de la administración pública central:

(...) Las transformaciones neoliberales en el sector educativo dan cuenta, además, de las configuraciones específicas e inmediatas de la conflictividad social y de clases propias de la sociedad capitalista, y se manifiestan como conflicto de intereses entre el Estado y la organización gremial de los maestros. (...) aunque está en juego la política neoliberal sectorial (para el campo educativo), incluida la pretensión de organizar la relación laboral sobre presupuestos flexibles (Estrada, 2002, p. 10).

Los argumentos de los defensores del neoliberalismo educativo se basan en que su ejecución aumenta la cobertura, la calidad y la equidad. La masificación será objeto de nuevos conceptos técnicos, a partir de las variables docente-alumno; la propuesta, en ese momento, que era maximizar la retención de estudiantes, se alcanzaría anulando totalmente la repitencia. Las razones que los diferentes gobiernos neoliberales plantearon para justificar la privatización del sector público educativo fueron las siguientes:

1. La administración financiera. El neoliberalismo creó acuerdos de particulares con las instituciones educativas y, sobre todo, permitió que la “prestación del servicio educativo” fuera brindada por empresas privadas.

- Una vez asignado el presupuesto para la educación, no importaba quién lo gestionara, lo único que interesaba es que se realizara de forma eficiente.
2. El concepto político de asignación del presupuesto educativo centrado en la demanda. Esto generaba que la competencia se convirtiera en un lineamiento que organizaba la educación en el país. Del porcentaje de demanda generado dependería el futuro de las instituciones educativas. Debía darse la competencia por el presupuesto entre lo público y lo privado en lo referente al servicio educativo.
 3. La incitación a la contratación con el sector privado. El hecho de que el sector privado brindara la educación, daría lugar a la idea de ineficiencia y mala calidad de la educación que se oferta en el sector público; de esta manera, la educación pública perdería fuerza y se convertiría en un negocio. La privatización de la educación tendría lugar cuando se presentaran las condiciones, en función de la lógica del mercado.

A partir de la reconstrucción de este debate, se observan dos conceptos diferentes del Estado, respecto a sus obligaciones en materia de educación. En Colombia, el planteamiento de los gobiernos desde la década de los noventa es el del Estado neoliberal. Los neoliberales consideran que se debe buscar la eficiencia educativa mediante una transformación administrativa (permitiéndoles más capacidad de acción a las autoridades locales), que el gasto público debe reducirse y que la intervención de la empresa privada en el Estado debe ser cada vez mayor.

La Federación Colombiana de Educadores defiende el Estado benefactor, en el que este interviene directamente en la economía y garantiza los derechos de los ciudadanos, brindando un buen servicio. El Estado debe garantizar, administrar y financiar totalmente la educación, y debe asumir su responsabilidad para garantizar este derecho constitucional a todos los colombianos, sin dejarla en manos de empresas privadas que la ven como “un buen negocio”. Este debate nacional entre la federación nacional de educadores y el Estado va a encontrarse presente en todas las reformas a la educación desde la década de los noventa.

En el país se ha legislado para negar el derecho a la educación pública; esto se ve reflejado en las reformas a la Constitución del 91, y en los actos legislativos 2001 y 2007, que minaron los cimientos constitucionales más importantes que establecían financiación y administración del servicio educativo por parte del Estado. Los defensores del neoliberalismo en Colombia nunca han reconocido el derecho a una educación pública, gratuita, obligatoria y de alta calidad.

La política neoliberal ha vulnerado los derechos de los docentes del sector público, al eliminar el estatuto docente, los intentos de liquidar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la evaluación como única estrategia para medir la calidad, y al desmejorar las condiciones laborales, lo que hace cada vez más evidente la privatización del sistema educativo.

Conclusiones

El debate entre la Federación Colombiana de Educadores y el Estado tuvo una fuerte influencia en el diseño de las políticas públicas en educación, en el periodo comprendido entre 1990 y 2006. Esta discusión fue tensa y se originó por las contradicciones en sus planteamientos, desde los cuales se aborda la solución a los problemas más graves de la educación en Colombia: cobertura, calidad, privatización y descentralización.

La Federación Colombiana de Educadores influyó de forma importante en el diseño de las políticas educativas, a nivel normativo, al lograr un acuerdo con el Gobierno, expresado en la Ley 60 de 1993, que suspende el planteamiento de municipalización y privatización que realizó el Gobierno nacional en el Proyecto de Ley 120 de 1993.

Uno de los grandes logros de FECODE fue la promulgación de la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994), resultado del trabajo de los docentes mediante el diálogo con los diversos estamentos de la comunidad académica y organizaciones políticas y sociales; todo ello dio paso al surgimiento del Movimiento Pedagógico.

La Ley General de Educación se propuso transformar la educación, buscando mayor autonomía escolar. El Estado no debe imponer los contenidos, sino que serán los maestros quienes los diseñen para conseguir los objetivos de la educación.

La autonomía curricular, el gobierno escolar, la garantía a la organización estudiantil, y la dirección colegiada de las instituciones educativas son temas de suma importancia, en los que los profesores, a través de la federación, influyeron de manera positiva en el diseño de nuevos lineamientos para resolver los dos más graves problemas de la educación colombiana: cobertura y calidad.

Referencias bibliográficas

- Bocanegra, H. (2010). La política educativa y el magisterio colombiano en la década de los 80. En: *Diálogos de Saberes*. v.1 fasc. 32 pp.32-44. ISSN: 0124-0021. Bogotá: Editorial Universidad Libre. Recuperado en: <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Articulo%202.pdf>
- CEID FECODE. Aproximación a una política alternativa para la educación pública colombiana. Este documento es producto colectivo del trabajo del CEID, en desarrollo del proceso de construcción del PEPA (Proyecto Educativo y Pedagógico Alternativo). Recuperado en: http://simatol.com.co/images/stories/diae/Aproximacion_a_una_politica_alternativa_para_la_educacion_publica_colombiana.pdf.
- Escobar, A., Álvarez, S., y Dagnino, E. (2001). *Política cultural y cultura política. Una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos*. Bogotá:

- Taurus, ICANH, 2001.
- Estrada, J. (2002). Configuraciones de política educativa neoliberal. Estudio preliminar en: Viejos y nuevos caminos hacia la privatización de la educación pública. Política educativa y neoliberalismo, Unibiblos, Universidad Nacional de Colombia.
 - Fernández, P. (2001). Neoliberalismo y profesorado. *Revista Educación y Cultura del Centro de Estudios e Investigación Docentes en la Federación Colombiana de Educadores*, número 55, (enero), pp. 7-16. Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=35684>
 - Guía Temática de Político, El neoliberalismo. Biblioteca Luis Ángel Arango. Disponible en: <http://www.lablaa.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli70.htm>.
 - Henao, A. (2012). Políticas educativas colombianas. Consultado en el Blog de sábado, 17 de noviembre. Recuperado en: <http://politicaseducolombianasalexhenao.blogspot.com.co/2012/11/politicas-educativas-definiciones-1-la.html>.
 - Lora, J., y Recéndez, C. (2003). La universidad neoliberal y la crisis educativa. De cómo año tras año llegaron las evaluaciones. *Reflexión Política*, vol. 5, núm. 10, junio de 2003, pp. 70-79. Universidad Autónoma de Bucaramanga. Bucaramanga, Colombia. Recuperado en: http://firgoa.usc.es/drupal/files/pan_510_5_c.pdf
 - Miñana, C. y Rodríguez, J. (2002). La educación en el contexto neoliberal. Recuperado en: <http://www.humanas.unal.edu.co/red/files/3112/7248/4191/Articulos-eduneoliberal.pdf>
 - Ocampo, J. (1991). Hacia una revolución educativa en Colombia. *Revista Educación y Cultura del Centro de Estudios e Investigación Docentes en la Federación Colombiana de Educadores*, número 25 (diciembre), pp.19-24.
 - Puiggrós, A. (1996). Educación neoliberal y quiebre educativo. *Nueva Sociedad*, número 146, noviembre-diciembre, pp. 90-100. Recuperado en: http://nuso.org/media/articles/downloads/2549_1.pdf

Responsabilidad social, virtudes cívicas y valores

Esperanza Valencia López²³

Como comprendería un buen juez, es decir, alguien al que no han nublado la vista los deseos humanos, es necesario un elemento causal puramente activo para hacer de nuestra vida no una existencia propia de las bestias, sino algo digno de ser vivido.

MARTHA NUSSBAUM

Introducción

Por su valor universal, pues atañe a lo humano, a lo actual, propongo un tema acerca del momento político, con la esperanza de dejar en el lector, más que respuestas, interrogantes; para que, siendo motivo de reflexión, produzcan en la práctica, frutos encaminados a buscar soluciones prácticas para la situación política que vivimos. Sobra decir que la academia, con la enorme responsabilidad que tiene frente a este asunto, sin duda, encontrará respuestas adecuadas. El tema, omnicomprendivo por naturaleza, presente en todos los tiempos, sólo me permitirá hacer algunas reflexiones.

Oímos decir a diario, en las noticias nacionales e internacionales, en la universidad, en la calle, en la casa, la palabra *corrupción*, e incluso nosotros mismos la mencionamos. Podemos estar todos de acuerdo en que, cuando la expresamos, hacemos un reproche, una censura que revela de nuestra parte un sentimiento de falta de justicia.

23 Abogada e Investigadora de la Universidad la Gran Colombia, Especialista en Derecho de la Universidad de los Andes y de la Universidad del Rosario, Magister en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana.

Como la mayoría de las veces no nos cuestionamos sobre el fenómeno porque simplemente nos limitamos a constatar sus consecuencias (si tenemos tiempo), estos actos tienden a volverse normales, entran a formar parte de la vida y, peor aún, en ocasiones empleamos, con cierta indiferencia, la frase "así es la vida". Esto ha permitido que se instale una cultura de indiferencia y, por consiguiente, de antivalores, que se prolifera en todos los ámbitos.

Acaso nos hemos hecho la siguiente pregunta: ¿cuál corrupción? Hablamos de ella y seguramente nos referimos a que algo anda mal, pero no sabemos qué es lo corrupto. La corrupción imperante de la sociedad (que no es precisamente vivir en Estado de Derecho) es la manifestación opuesta a la aplicación por excelencia de la práctica de la justicia con fuerza obligatoria, en el más amplio sentido de la palabra *justicia*. La corrupción no comulga en ningún aspecto con ese valor social.

Este fenómeno exige de nosotros una actitud de deber, que nos conduce a reflexionar sobre la inacción que, en general, adoptamos frente a esta realidad. Soy de la opinión de Hans Jonas (1995), en el sentido de que lo que reclama esta realidad es una respuesta a una *exigencia ética* que vale la pena porque lo que se busca es bueno, independientemente de la deliberación del agente, y es allí donde se encuentra la fuente del deber.

¿Por qué la ausencia de motivación para contribuir, desde nuestra ubicación en la sociedad, a encontrar rutas que conduzcan a prevenir, paliar, y, por qué no, a solucionar el fenómeno? ¿No es *el interés* que, sin duda, se encuentra adormecido y, por lo tanto, no nos motiva a actuar, lo que se traduce en una negación al ejercicio de las virtudes cívicas? ¿No es *el fin* el que nos despierta a encontrar valores alcanzables que contrarresten dicho fenómeno?

Para tratar el tema podemos encontrar una pista importante en el conocido filósofo de la responsabilidad, en el tratamiento de este principio, en el cual, aspiro, podamos encontrar la motivación. Comencemos diciendo que, para los filósofos, desde los griegos, el aspecto ético tiene un lado objetivo (que tiene que ver con la razón) y otro subjetivo (que tiene que ver con el sentimiento). Jonas no es la excepción (p. 153). En el tratamiento del principio de responsabilidad de Hans Jonas, encontraremos ese acento que buscamos: en el examen del lado subjetivo de la ética que él denomina *sentimiento de responsabilidad*.

Teoría de la responsabilidad

Naturaleza

Empecemos situándonos en la responsabilidad que trasciende la conocida responsabilidad jurídica, producto de la contravención a la ley positiva, a una responsabilidad social, que exige una conducta que no examina los propósitos de la acción misma, sino que incita a una respuesta para conseguir el fin.

Aquello por lo que soy responsable *está fuera de mí*, pero es objetivo alcanzable en cuanto *puedo*. Del poder deriva mi responsabilidad en el hacer y en el no hacer, cuando, de esas acciones, depende la consecución del *fin*, hecho que conduce al *poder*, a alcanzarlo (p. 164). Jonas lo denomina *responsabilidad orientada hacia el futuro*, en oposición a la responsabilidad formal y vacía de todo agente por sus actos, porque quiere hacer énfasis en la *responsabilidad ética*.

De este valioso razonamiento de Jonas podemos extractar elementos importantes:

- La responsabilidad que nos interesa en esta reflexión es la responsabilidad social, en tanto mira a un objeto común posible, que exige de mí una respuesta positiva.
- El objeto está fuera de mí y, por tanto, confluyen, en un escenario social, las exigencias a los agentes, quienes derivan su fuerza de acción responsiva en la búsqueda común del objeto.
- La capacidad para realizar acciones que satisfagan sus propios fines nace en el ser.
- La permanencia de la demanda de la cosa, ese constante llamado, es la exigencia que obliga al agente a actuar y constituye el mandamiento y su imperio.
- La acción es obligatoria porque responde a la demanda de la cosa y, por consiguiente, es *responsabilidad*.

El filósofo concluye lo siguiente: La conciencia moral del *yo puedo*, junto con el sentimiento de responsabilidad del *yo activo*, es la explicación de la necesidad imperiosa de actuar en busca del objeto. Y añade: si "(...) se agrega el amor, a la responsabilidad, le da entonces alas la entrega de la persona, que aprende a temblar por la suerte de lo que es digno de ser y ser amado (p. 164)".

Por otro lado, la conciencia de nuestras obligaciones hace de la inacción un comportamiento irresponsable; pues el ejercicio del poder, sin la observancia del deber, es "irresponsable" (p. 165).

Alcance

Estudiemos más a fondo, entonces, el principio de responsabilidad social con el propósito de acercarlo a nuestra reflexión. Jonas sitúa el principio de la responsabilidad en un plano horizontal: yo *con* el otro y, de ello, derivan importantes consecuencias que hacen de su teoría ética una alternativa de gran relevancia para el tema que tratamos:

- i) Abordar al otro *como otro* en sí mismo, estableciendo así una alteridad diferenciada
- ii) Privilegiar las cosas como fines posibles en el mundo, haciendo coincidir responsabilidades objetivas con el principio subjetivo de la responsabilidad.
- iii) Permitir una toma de la responsabilidad de manera espontánea.

La alteridad diferenciada surge como reconocimiento del otro en tanto otro, a diferencia del otro como sí mismo. Esta segunda posición es objeto de crítica de Jonas, en la medida en que fundamenta la primacía de la ley (mandamiento) en el sentimiento de respeto. Hemos visto en el aparte anterior cómo el filósofo cimienta su divergencia en el sentimiento de responsabilidad.

La alteridad diferenciada privilegia la importante categoría antropológica de la diferenciación en un mundo plural, percibiendo las singularidades y reconociendo los derechos individuales, lo que posibilita una pluralidad de seres deliberantes, quienes tienen un interés particular, con miras a la realización de un valor beneficioso para todos. Esto en oposición a unas singularidades que actúan de acuerdo con un mandato universal.

La importancia de esta posición estriba en que, al privilegiar la alteridad independiente, deduciendo el sentimiento de responsabilidad del agente en búsqueda de un fin beneficioso particular, se logra, a la vez, un valor social actual, real, que, retornando en su movimiento, constituye una realización individual para cada uno de los agentes. Este es un agregado positivo, pertinente y necesario para la situación contemporánea, porque abre espacios a la comunicación y, al mismo tiempo, fomenta la fijación de metas beneficiosas tanto comunes como particulares.

Además, esta alteridad es una vía que conduce a la solidaridad, construye un puente entre el liberalismo y el republicanismo, y un medio que robustecería la tolerancia, indispensable para una convivencia pacífica. Un espacio común también cumpliría la función de semillero de proyectos comunes o individuales para el desarrollo de las posibilidades individuales y regionales para el progreso. En síntesis, reconocer en esta diversidad es habilitar una vía práctica que posibilita agentes de cambio.

Jonas se separa de las éticas de contenido que buscan un objeto trascendente fuera del agente, al expresar cómo, en las éticas de contenido, nos preguntamos por el *qué de* la acción, mientras que, cuando las éticas se preguntan por el *cómo* de la acción, se están cuestionando por la instrumentalidad *para* la acción. El filósofo privilegia las cosas como fin, en lugar de la universalización de mi querer particular, sin que, por ello, deje de contemplar las dimensiones particular y universal de la acción y sus consecuencias, no bajo el lente de un mandato superior o máxima, sino por exigencia ética y práctica.

El contenido instrumental de la ética responde a los medios para la consecución del fin y, por eso, atiende a las cosas que exigen una situación concreta, en tanto posibles. La exigencia conlleva una justificación de los medios como beneficiosos para la consecución del fin, lo contrario de la búsqueda del fin por el fin mismo. Básicamente, en lo anterior se sustenta su visión instrumental del principio de responsabilidad, reconociendo que “la responsabilidad no establece fines, sino que es la mera carga formal que pesa sobre toda acción causal (...)”, pues todavía la acción no alcanza su condición de ser moral o inmoral (p. 163).

Esa carga no deja de aplicarse en la inacción; en la medida en que la exigencia ética lo demande, la carga pesa constantemente en nuestro ser como una acción por hacer (p. 163).

Para Jonas, el mandamiento de la exigencia ética no es como una ley universal, sino como un sentimiento espontáneo del agente que surge de la inmanente exigencia de la realización de un bien en sí concreto, en el cual está interesado el agente, porque es beneficioso para sí y beneficia también a la sociedad (p.145). El filósofo sustenta la exigencia dirigida a *mí*, en tanto tiene un contenido motivacional en mi *interés* por la realización de la exigencia, por la significación de la elección porque me beneficia, y, por consiguiente, podríamos decir que se trata de la realización de un bien por interés propio.

De esta posición se desprenden consecuencias importantes, dado que permite una toma de posición de la responsabilidad, sin pretender ninguna apropiación, es decir, la pretensión de que mi querer pueda ser universal. Jonas califica este sentimiento como no menos apetitivo que el sentimiento por el bien supremo, situando así en un ámbito real lo deseable.

Sin desconocer la dimensión del amor que acompaña al hombre por todo ser vivo y, de manera especial, por sus iguales, pues no es el tema que nos ocupa, la consecución del objeto bueno para la sociedad, y bueno para mí, en particular, se traduce en que la bondad de mi acción hacia otro redundaría en beneficio personal. Si examinamos cualquier sociedad en cualquier época, los fundamentos de sus principios éticos hunden sus raíces en esta reciprocidad entre lo individual y lo colectivo.

La racionalidad

Centremos ahora nuestra mirada hacia el lado objetivo de lo ético, hacia el fundamento racional que subyace a la obligación y que hace referencia nada menos que a la legitimidad de la cosa perseguible (p. 153). Ante nuestra realidad social, no es posible la indiferencia ni la negación de algo que ya hemos reconocido y que reclama de nosotros la exigencia ontológica.

La racionalidad es la que nos permite distinguir entre lo justo y lo injusto. A través de ella se puede hacer previsible el manejo adecuado de las contingencias, junto con el deseo sincero, que motiva en la consecución del fin. Sin desconocer el dolor de cada víctima de la corrupción, es más importante el tema de la justicia, el restablecimiento del orden y la concordia en la sociedad, máxime cuando la injusticia es la que procura la caída de las democracias.

Apelemos, pues, a la razón, ya que es suficiente para reconstruir valores como fines y, con ello, nos aproximaremos a una posible respuesta a la pregunta inicial.

Para concluir, digamos, entonces, que no todo está perdido, sólo que la razón está aletargada y permite estragos en los valores como construcciones sociales, y el sentimiento de responsabilidad ha estado ausente, desatendiendo nuestros deberes cívicos.

Reflexiones finales

Para nadie es desconocido que, desde la antigüedad, el mejoramiento de la calidad de vida se obtiene a través de la educación.

La ética es clave para el ejercicio cabal de la ciudadanía. Desde hace algunos años hemos despreciado la formación ética para privilegiar sólo el conocimiento especializado para la competitividad.

Si desconocemos las bondades de la buena acción, no tendremos con qué comparar la mala acción. Es por eso que llegamos a convivir con situaciones injustas, aceptando como normal lo antiético.

Para rescatar lo público estamos obligados a fomentar virtudes cívicas y valores. Sin valores vinculantes no podríamos hablar de responsabilidades, pues faltaría un signo que guiara la manera como se deben realizar nuestras acciones. Para lograrlo es necesario promover actividades que generen su construcción, y que alienten, en sus dimensiones individual y social, el sentido de responsabilidad perdido.

Se impone la necesidad de dejar atrás ideas preconcebidas de exclusión social y cambiarlas por una mirada más positiva que, acompañada de un “yo activo”, cambie el pesimismo individualista por una conciencia social con visión de futuro, procurando espacios que permitan democratizar los saberes para que la sociedad pueda involucrarse en la deliberación especializada (grupos de opinión independientes). La fuerza de la razón y el sentimiento de responsabilidad deben contribuir a la formación de una opinión pública crítica para hacer frente a los intereses de grupos de poder.

Así mismo, la necesidad no es menos sentida en las profesiones y, especialmente, en el campo del derecho, por el alcance social que comporta su ejercicio y la proyección social que entraña.

No podemos cohonestar expresiones como *esto te enseño aquí, mas, cuando salgas a la calle, verás cuán distinto es o tal situación no es la deseable, pero mi familia y yo tenemos que comer*, porque comportan la semilla de la desesperanza, la frustración y la deshonestidad; cuando el profesor dice esto a los alumnos, no está haciendo ningún servicio a la dignidad de la profesión, y menos a la educación. Por algo se escucha a los estudiantes de derecho que están terminando sus estudios, o a los recién egresados que aún no han aprendido a cohonestar con los vicios que corrompen el medio en que se desempeñan, que están decepcionados del derecho.

En materia ética, traigamos aquí una consideración importante de Jonas, quien, refiriéndose al “valor” y al “bien” en el proceso de elección de la voluntad, expresa:

Cuando el fin alcanzado me decepciona con respecto a eso [cuando la recompensa es el placer], me lleva a juzgar que no valía la pena; también en lo sucesivo mi deseo, ahora mejor informado, seguirá consultándose únicamente a sí mismo en cuanto a una elección más compensadora de fines, pero no consultará a los fines mismos en relación con su exigencia de que los elija (p. 151).

La importante y digna labor de la enseñanza no puede sacrificar los valores inherentes a la profesión como algo que vale la pena por la recompensa; para la función social a que ha sido llamada la profesión, su ejercicio debe honrar el fin de su actividad en sí mismo. De ahí la importancia de la ardua labor y el gran compromiso que la Educación Superior tiene de reforzar la ética, máxime cuando, en nuestras circunstancias actuales, las instituciones y, entre ellas, la familia, han seguido una orientación competitiva, cuyo detonante es el individualismo extremo que ha corroído gravemente el sentido de solidaridad, de pertenencia; en general, las instituciones han abandonado la enseñanza de las virtudes cívicas que se comienzan a forjar en la familia y que se fortalecen en la escuela.

Es para todos conocido el gran vacío curricular que existe en la educación básica actual. Mientras el Estado colombiano no reestructure los currículos correspondientes, es tarea de las instituciones de Educación Superior asumir este reto, porque sus estudiantes son los agentes sociales más próximos a tomar decisiones que impacten el rumbo social.

Por otro lado, nos hemos acostumbrado a la verdad legal, por encima de la verdad real, con todo lo que ello implica. Esta primacía de la verdad legal ha hecho desaparecer el concepto ético de la búsqueda de la cosa, pues todo lo que no está prohibido por la Ley está permitido. La razón se ha acomodado fácilmente en un letargo de inacción que corroe todos los estamentos sociales; ese es el alcance de la corrupción, que ha llegado incluso a socavar los más caros fines de la vida humana.

Si a lo anterior sumamos que las autoridades, de alguna manera, aprueban tácitamente esas acciones; por ejemplo, con la timidez de nuestros funcionarios de hacer uso de las herramientas legales novedosas que les otorga la Ley. Es tarea de los jueces ser conscientes y consecuentes con los cambios constitucionales y legales que evidencian una nueva realidad política y social, dando aplicación en la práctica a la justicia que demanda la nueva realidad. Ya es hora de que, a través de la visión pluralista de la Constitución Política de 1991, se renueven las viejas teorías sostenidas, basadas únicamente en la autonomía de la voluntad, dando paso a una visión más solidaria de los derechos.

Además, tenemos una fuerte tradición de impunidad. Es tarea de todos contribuir a la consecución de una paz verdadera desde cada uno de nuestros roles, mediante conductas conducentes al establecimiento de la verdad real, no a su encubrimiento, como contribución a la lucha contra la impunidad, nido principal de la corrupción que campea en todas las instituciones. La corrupción es, en parte, producto de un perverso silencio cuyo primer resultado es la impunidad. Lo anterior, sumado a la falta de política criminal de la que sufre el Estado, contribuye día a día al deterioro de las instituciones.

Los padres y educadores necesitan también una buena dosis de motivación con un mayor sentido ético que refuerce las virtudes cívicas, como aquello que todo sujeto autónomo deliberante precisa; es necesario fomentar capacidades de razonamiento práctico que generen habilidades en los hijos y estudiantes para que comiencen a ejercer sus profesiones, de manera que aspiren a la excelencia en el ejercicio de su labor.

Con esta reflexión, y con todo lo que de ella se derive en acción, estaríamos respondiendo a la exigencia ontológica de *justicia*, en el más amplio sentido de la palabra, contra la *corrupción*. El deber es de todos y la exigencia ética es para todos.

Referencias bibliográficas

- Jonas, Hans (2005). *Poder o impotencia de la subjetividad*. Ediciones Paidós Ibérica.
- Jonas, Hans (1997). *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Ediciones Paidós Ibérica.
- Jonas, Hans (1995). *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Editorial Herder.
- Jonas, Hans (1994). *El principio de responsabilidad*. Círculo de Lectores.

La crítica de Marx al derecho²⁴

Julián Andrés Durán Puentes²⁵

En este texto se expondrán unas breves reflexiones en torno al vínculo del filósofo alemán Karl Marx con el derecho. En su juventud y, sobre todo en sus años como estudiante de universidad, el ámbito jurídico influyó en gran medida en el pensamiento de Marx. Los estudios que llevó a cabo en la Universidad de Berlín se centraron esta disciplina, antes de abandonarlos y dedicarse por completo a la filosofía; pero también sus amistades y la influencia paterna estuvieron marcadas por el mundo de las leyes y los códigos. Su padre fue abogado, e incluso el propio Marx, durante algún tiempo, se vio tentado por la idea de servir en una cámara estadual como funcionario (Sperber: 2013, 64).

Sin embargo, si hubo un campo del conocimiento sobre el cual hizo comentarios despectivos y, peor aún, en algunos casos, guardaba silencio, fue sobre el derecho y, en general, sobre lo relacionado con el ámbito jurídico. ¿Qué llevó a Marx a mantener tan lejanas y displicentes relaciones con un saber que se consideraba prestigioso y digno de todo gran pensador? No se puede olvidar que muchos de sus predecesores en la filosofía clásica alemana reflexionaron profundamente sobre el derecho, siendo Hegel y Kant dos grandes muestras de ello (Sperber: 2013, p. 67).

¿Por qué Marx no encontró en la filosofía del derecho de Hegel, como lo hizo en la dialéctica, un sistema de interpretación de las relaciones sociales? Sobre la base de estos interrogantes, se intentarán dar algunas posibles respuestas, a partir de la revisión de los llamados *Escritos de juventud* del pensador alemán; pero

24 El presente trabajo surge como un homenaje a Marx, en el bicentenario de su nacimiento (Tréveris, 1818), y en conmemoración de los 170 años de publicación del Manifiesto del Partido Comunista (febrero de 1848). A pesar del paso del tiempo, la obra de este gran pensador sigue permitiendo descifrar los misterios de nuestra época contemporánea.

25 Licenciado y Magíster en Filosofía de la Universidad del Valle. Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Penal. Pasante en la Corte Internacional de Derechos Humanos (2005). Profesor catedrático en la Universidad Libre, seccional Cali, de Derecho Procesal Penal, Hermenéutica y Argumentación Judicial. Integrante de los grupos de investigación Philojuris y JPC de la Universidad Libre, reconocidos y categorizados por Colciencias. Candidato a Doctor en Filosofía de la Universidad del Valle. Trabaja sobre la racionalidad judicial y sus instituciones bajo la orientación del profesor William González. Correo: julianduran76@hotmail.com.

también de algunos comentarios, sobre todo, de orden epistolar, que el propio Marx y, en especial, Engels, hicieron al respecto.

En sus obras de madurez, pero, más exactamente, en su correspondencia con amigos e intelectuales de la época, Marx y Engels definieron el papel del derecho y del Estado en el funcionamiento social. Las relaciones de producción y las fuerzas productivas, en su criterio, asumieron formas históricas, de acuerdo con las tensiones entre unas y otras. En este orden de ideas, la historia de la convivencia social adquirió dos dimensiones: i) la infraestructura, determinada por las relaciones económicas entre las fuerzas productivas y las relaciones de producción, y ii) la superestructura, compuesta por todas aquellas expresiones que, determinadas por las relaciones económicas, dan lugar a modalidades del arte, la política, la ideología, la moral y, por supuesto, el derecho.

Ante la presencia histórica de una tensión entre estas fuerzas, cada una de estas formas de la experiencia social asume una modalidad determinada y, así mismo, se manifiesta. El derecho es, por lo tanto, un simple elemento de la superestructura que, al lado de la política y la ideología, contribuye a conservar un establecimiento determinado. Esta visión, en apariencia fuertemente economicista y determinista, fue matizada por Engels en una carta dirigida a Conrado Schmidt, en la cual dice lo siguiente:

El reflejo de las condiciones económicas en forma de principios jurídicos es también, forzosamente, un reflejo invertido: opera sin que los sujetos agentes tengan conciencia de ello; el jurista formula normas *a priori*, sin darse cuenta de que estas normas no son sino simples reflejos económicos (Marx y Engels: 1974, p. 519).

En su célebre texto *La ideología alemana*, Marx, junto a Engels, dirán algo semejante a lo anterior:

Como el Estado es la forma bajo la cual los individuos de la clase dominante hacen valer sus intereses comunes, y en la que se condensa toda la sociedad civil de la época, se sigue de aquí que todas las instituciones comunes se objetivizan a través del Estado y adquieren por medio de este la forma política; de ahí la ilusión de que la Ley se basa en la voluntad. Y, además, en la voluntad desplegada en su base real, en la voluntad libre, (...) del mismo modo, se vuelve el derecho, a su vez, Ley (Marx y Engels: 1974, p. 78).

Para Engels, Marx no había querido decir con ello que aspectos como el derecho solo obedecieran a factores enteramente económicos, sino que, si bien existía una evolución independiente en las distintas formas del saber, en el contexto de las tensiones entre infra y superestructura, estas, necesariamente, quedaban atrapadas por las luchas de clase.

Durante toda la obra madura de Marx, el derecho cumplirá esta agria misión. Tanto en *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte* como en *La guerra civil en Francia*, la Ley, las constituciones y las demás formas jurídicas, se deben a una lógica enteramente instrumental. El derecho sirve a unas clases para someter a otras. Y la misma misión se le puede endilgar al Estado: este es solo una formación para someter a las clases no triunfantes; pero también para que aquellas que triunfen puedan construir el socialismo mediante el uso provisional de "la máquina del Estado y la Ley" (Marx: 1974).

No obstante, en los trabajos de madurez del propio Marx, se pueden leer expresiones desconcertantes con respecto al derecho, que no solo son la manifestación de una visión más compleja frente a este, sino que muestran las ambigüedades del propio pensador, desde muy joven, frente a esta forma del saber. En su trabajo *Teoría del plusvalor*, Marx hace la siguiente reflexión sobre el derecho penal y la presencia del criminal en la sociedad:

Un filósofo produce ideas; un poeta, poemas; un sacerdote, sermones y un profesor, compendios; un criminal produce delitos. Si miramos más de cerca el vínculo entre esta última rama de la producción y la sociedad, en su conjunto, nos liberaremos de muchos prejuicios. El criminal no solo produce delitos, sino también la legislación criminal, y, con ello, al mismo tiempo, al profesor que diserta acerca de la legislación, y, además de ello, el inevitable compendio en el cual el mismo profesor lanza sus disertaciones al mercado general como "mercancías". (...) Lo que, es más, el criminal produce todo el conjunto de la policía y la justicia criminal, los aguaciles, los jueces, los verdugos, los jurados, etc.; y todos estos distintos ramos de negocios, que constituyen, a la vez, muchas categorías de la división social del trabajo, y desarrollan distintas capacidades del espíritu humano, crean nuevas necesidades y nuevas maneras de satisfacerlas (Marx: 1974, p. 327).

Estas reflexiones, sin duda, tienen el tono irónico y sarcástico con el cual Marx acostumbraba hostigar a la burguesía, pero, a la vez, denotan la preocupación del filósofo alemán por el derecho penal y su función en una sociedad.

Es precisamente en el marco de estas ambigüedades en donde Marx establecerá un interesante discurso alrededor de las garantías constitucionales y legales. Esta ha sido conocida como la crítica "kantiana-liberal" de Marx al derecho²⁶. Las garantías del ordenamiento jurídico, como instrumento del Estado liberal y republicano, son de especial interés para Marx. El derecho de asociación, de huelga, la jornada de 8 horas y el derecho de defensa fueron invocados por Marx para luchar contra el Estado prusiano un sinnúmero de veces. (Marx y Engels: 1974, p. 77).

26 El comentario es de Paúl Q. Hirst, y se encuentra en *Marx y Engels sobre la ley, el delito y la moralidad*. El texto se inserta en el estudio de Taylor, Walton y Young, sobre la criminología crítica.

Cuando estos derechos les fueron negados a los comunistas de Colonia, contra los cuales se siguió un juicio por actividades delictivas de carácter político, Marx reclamó la vigencia de dichas garantías para ellos.²⁷ Tanto Marx como Engels contribuyeron a que se reclamaran derechos como la libertad de prensa, el sufragio universal, la libertad sindical, entre otros, a fin de cubrir a la clase obrera y a sus líderes con garantías que les permitieran alcanzar conquistas sociales.

¿Cómo explicar tan aparente contradicción? Es posible que la respuesta se pueda encontrar en las relaciones de Marx, en su juventud, con el derecho y en varios de sus textos tempranos.

La carta que le dirigió a su padre el 10 de noviembre de 1837, en la cual Marx se excusa con este por no continuar sus estudios de derecho, son un antecedente importante para la discusión. En dicho escrito, Marx le hace un recuento a su padre de las actividades que ha desarrollado como estudiante universitario; pero, ante todo, de su visión con respecto a la carrera del derecho. El autor también realiza un pormenorizado balance de sus lecturas jurídicas, haciendo especial énfasis en su seguimiento fiel a los autores que, al lado de Savigny, habían construido la floreciente escuela histórica del derecho.

Marx es directo con su padre: *cada vez que intenta profundizar en el derecho se da cuenta de que los problemas por los cuales muestra interés son filosóficos* (Marx: 2005, p. 2008); encuentra similares en Kant muchas de las cosas que el derecho afirma y Hegel le parece aburrido. En últimas, para Marx, el derecho no es divertido y no le interesa tanto como la filosofía. Marx abandonó la Universidad de Berlín y sus estudios jurídicos, aproximadamente, hacia 1838.

No obstante, esto no implicó que el derecho dejara de ser objeto de su análisis. Uno de sus más bellos trabajos de juventud está dirigido a estudiar la Ley de censura prusiana; pero, ante todo, a denunciar la forma en que esta representaba solo un intento formal de conceder libertad de prensa a los ciudadanos. Esta será la primera vez, pero no la última, que, de manera directa, Marx reclamará las libertades jurídicas.

Quizás la clave de una parte de su pensamiento con respecto al derecho se encuentre en un escrito de complejidad y riqueza infinita como lo es *Sobre la cuestión judía*. En dicho trabajo, defenderá la posibilidad de alcanzar la emancipación política como un paso importante de la emancipación humana. En este proceso, sin duda, el derecho tiene mucho que aportar. Sobre la base de las lecturas de la Carta Política estadounidense y de las declaraciones de varios estados, tales como Pensilvania y New Hampshire, Marx demuestra cómo las libertades concedidas por la sociedad burguesa son plenamente compatibles con las iniciativas privadas y particulares de los ciudadanos.

27 Así, por ejemplo, el propio Marx exaltó, en mayo de 1848, la "legalidad burguesa", ante el tribunal que finalmente lo absolvió en uno de los tantos procesos judiciales que tuvo en su contra (Sperber, 2013, pp. 229-230).

No es, entonces, a la emancipación humana hacia la cual conduce el derecho y, en general, el sistema jurídico, sino hacia la consolidación de una sociedad burguesa en la cual la abstracción del hombre está representada por la figura del burgués moderno. Para mostrar ello, Marx se remite directamente a la filosofía del derecho de Hegel, en la que siempre vio el desarrollo de la sociedad alemana alrededor de la idea del *citoyen*, del ciudadano como burgués. El ciudadano recurre al derecho para regular su vida y para consolidar su propiedad privada, tal como el hombre feudal hacia uso del privilegio para los mismos fines. De manera literal, Marx manifiesta lo siguiente:

La constitución del Estado político y la disolución de la sociedad burguesa en los individuos independientes, cuya relación es el derecho, así como la relación entre los hombres de los estamentos y los gremios es el privilegio, se lleva a cabo en uno y el mismo acto (2008, p. 2008).

Es esta una faceta del derecho que Marx, aún bajo el ropaje de los llamados "derechos humanos", va a criticar duramente por su carácter reaccionario. El derecho moderno dio tanto libertad religiosa al ciudadano como libertad de propiedad y "seguridad", que fue convertida en un "derecho"; pero no lo ha librado de la religión, de la propiedad y del egoísmo. Por supuesto, para proteger "el derecho a la seguridad" se necesitó de alguien que lo hiciera: la policía. La igualdad de derechos es similar a "la empalizada que divide dos propiedades"²⁸.

Sobre las premisas anotadas, entonces, parece concluirse que la relación entre Marx y el derecho siempre estuvo mediada por la complejidad. Por una parte, se siente hacia esta disciplina un profundo desprecio por ser considerada un instrumento de dominación política y social; pero, por otra parte, se cierne sobre el mismo una incógnita por el papel que este pueda cumplir en las luchas sociales y en la futura sociedad, en la cual los seres humanos deberán regular sus comportamientos y su vida social y política. Queda claro, por lo dicho en *La guerra civil en Francia*, que, en la futura sociedad concebida por Marx, al menos en la llamada "dictadura del proletariado" o en "la sociedad democrática de transición", hay jueces y funcionarios que deben cumplir un papel determinado²⁹. Este es, sin duda, jurídico, lo cual indica que el Derecho debe tener una presencia importante en la nueva sociedad.

Entonces, ¿cuál es ese papel? Esto es difícil de saber, pero tal vez exista un antecedente en toda la tradición judaica que ayudaría a comprender las posibles ideas que Marx tenía sobre cómo se podrían resolver los conflictos sociales por

28 La frase literal de Marx es la siguiente: "El límite dentro del cual puede moverse todo hombre, sin perjudicar al otro, lo determina la Ley, así como la cerca señala la línea divisoria entre dos tierras". (2008, p. 190).

29 Dice Marx: "Los funcionarios judiciales perdieron aquella fingida independencia que solo había servido para disfrazar su abyecta sumisión a los sucesivos gobiernos, ante los cuales iban prestando y violando, sucesivamente, el juramento de fidelidad; igual que los demás funcionarios públicos, los magistrados y los jueces habían de ser funcionarios electivos, responsables y revocables" (Marx y Engels: 1974, p. 234).

medio de mecanismos distintos a la violencia. Vale la pena recordar que, si bien el hogar de Marx no fue un lugar en donde las prácticas judaicas tuvieran vigencia, su origen era hebreo y, como tal, tuvo alguna relación paterna con estas prácticas; aunque no estaban acentuadas, sí se encontraban presentes en el ambiente familiar.

Werner Blumenberg, en su biografía sobre Marx (1985, p. 26), recuerda cómo las comunidades judías no recurrían al Estado para solucionar sus conflictos y diferencias personales. En lugar de ello, se dirigían a personalidades de la comunidad, delegadas por esta misma, para que interpretaran y ofrecieran soluciones a las controversias.

Estos personajes, a veces de manera individual, y otras de manera colectiva, hacían uso de elaborados y profundos análisis, de corte hermenéutico, entre sus normas consuetudinarias, por medio de los cuales daban respuesta a aquello que se pedía. Tenían una conexión directa con la comunidad, pertenecían a ella y, sobre todo, no operaban como una "rama independiente" del poder social o político. La solución de muchas de las tensiones sociales se hacía sobre la base de estos métodos, que, en ocasiones, se tornaban complejos, por la sutileza con que teóricamente se daban soluciones. ¿Era este el tipo de administración de justicia que Marx preveía para una nueva sociedad?

La invocación de esta antigua tradición judía, traída a colación por Blumenberg, puede ofrecer importantes elementos de análisis. Cabe recordar que, durante siglos, el *Talmud* se empleó para resolver los problemas de la comunidad judía, que, por mucho tiempo, tuvo que habitar estados ajenos.

El trabajo de estos rabinos, sabios y reflexivos, no dista mucho de la experiencia de interpretación que pudiera advertirse en las cortes modernas en las cuales los dilemas del derecho se tornan en problemas de orden moral y político. No se puede olvidar que Marx había crecido en un hogar con tradiciones liberales que, sin embargo, tenía un origen hebreo. Muchos de sus escritos de juventud y de sus primeras batallas políticas fueron libradas en contra del Estado y sus sistemas de exclusión y opresión de los más débiles.

No puede desconocerse, en la obra del pensador alemán, el rechazo al "Estado" como una formación que debía ser nuevamente usada por el proletariado al llegar al poder; pero que, una vez cumplidos los propósitos, "se extinguiría" y, en todo caso, debía ser suprimido (Marx y Engels: 1974, p. 230). Las ideas de Marx con respecto a la desaparición del Estado no lo sitúan, de ninguna manera, en el anarquismo, al cual odió y combatió; pero sí frente a una confianza en la sociedad y en la comunidad como el lugar en el cual el *ser genérico* encontraría toda la solución a sus conflictos, al ser ahora realmente libre.

Lo anterior facilita la comprensión de aquellas manifestaciones de rechazo por parte del pensador hacia una administración de justicia estatal y hacia sus formas

burocráticas. La justicia no era un asunto del Estado, sino de la sociedad; por lo tanto, las soluciones justas a los nuevos conflictos tendrían que ser resueltas a partir de las premisas de una nueva sociedad, sin clases, y sin los conflictos que estas podrían introducir en el colectivo humano.

Por consiguiente, ello llevaría a pensar, en un primer momento, que no existe ni puede existir una interpretación positiva marxista del derecho, o, al menos, un enfoque del derecho en tal sentido³⁰. Para Marx, los problemas de la igualdad son asuntos que podrían identificarse con aspectos de la justicia³¹. Esta última, no como una reflexión moral, sino política, del ser humano, en un contexto histórico determinado.

Al igual que sus legatarios, durante mucho tiempo Marx le restó importancia al derecho; y consideró que este podía desaparecer a la vez que lo haría el Estado. Lo anterior resulta muy razonable para un filósofo que no alcanzó a conocer los procesos modernos de complejización del mundo y el desarrollo de los sistemas burocráticos en la sociedad, en la era del capitalismo posindustrial, en la cual el derecho pasó de ser un sistema de represión a ser un sistema de legitimación.

Curiosamente, todas las luchas sociales y políticas que enarbolan las banderas de Marx se hacen y se hicieron, ayer y hoy, en nombre de los derechos. Esto último, como bien podrá recordarse en su trabajo sobre “la cuestión judía”, molestaba mucho al filósofo alemán, dado que, para él, “derecho-capitalismo-burguesía” eran lo mismo; recuérdese como se identificó al derecho como “el derecho del burgués”.

De ahí, entonces, que las experiencias de las pequeñas comunidades alrededor de la administración de justicia y de la solución de conflictos interpersonales puedan resultar coincidentes con una nueva sociedad en la cual el Estado, y junto con este, el derecho, han desaparecido. Las comunidades pequeñas, de baja o nula complejidad, mínimamente diferenciadas y soberanamente populares, caben, sin duda, en este esquema; en estas, la justicia surge en el desarrollo de su tratamiento.

La decisión es colectiva y las soluciones nacen de las intuiciones de justicia de los participantes. No existe “un juez” o “un código” que aplicar, sino que la comunidad es quien juzga, cuando no es el propio procesado el que lo hace consigo mismo, al advertírsele de su falta. No hay un “tribunal” establecido que funcione burocráticamente; se reúne solo cuando es necesario y lo integran todos los miembros de la pequeña comunidad. Esta podría ser una forma plausible de cómo Marx comprendió el papel del derecho y la justicia en una sociedad no enajenada y sin clases.

30 Por ejemplo, Kelsen, H. *Teoría comunista del derecho y del Estado* (1958).

31 Para una reflexión sobre una visión de la justicia en Marx, (Petrucciani: 1995, 235).

Una experiencia como la citada no es utópica. Muchas expresiones de justicia popular han tenido este matiz y han actuado en coherencia con ello. Veamos, por ejemplo, cómo, en un barrio de la ciudad de La Habana, Cuba, ciertas experiencias de justicia comunitaria tienen un lugar en la sociedad:

[...]Asdrúbal relata que esa noche del juicio entró a una casa con un espacioso corredor, en torno a un jardincito que sirvió de salón. Algunos asientos se ocuparon por niños que, desde temprana edad, despiertan valores y respeto por los derechos de los ciudadanos. Una señora de tez negra, cabello blanco; un señor mulato, también canoso; y una señora gorda y muy blanca ocuparon el estrado. Era el pleito de dos mujeres. Una mujer casada acusaba a otra divorciada de haberla encontrado besándose con su marido. "Mentira, estaba en la casa de ellos porque llegué a pedir prestada una botella de aceite, y el marido me hizo pasar a la cocina haciéndome creer que estaba con su esposa, y allí me quiso forzar y luché por soltarme de él". "No", decía la otra, "se estaba dejando besar y se soltó cuando la sorprendí". "Mentira", volvió a decir la divorciada, "el marido no la quiere, le es infiel y enamora a todas las mujeres, entre ellas, a mí, pero nunca he aceptado, eso lo sabe todo el vecindario". La juez también juzgaba el pleito que había tenido en el mismo edificio, donde habían tenido que despartarlas otras vecinas. "Estaba hablando pacíficamente con esta vecina", respondió la divorciada, cuando la otra le gritó: ¡puta!!, desde la escalera. "Putas no, le dijo cuándo se estaban agarrando del pelo", decía la esposa. Varias vecinas rindieron sus testimonios contradictorios, y el pleito que hubo en la puerta del apartamento se volvía cada vez más embrollado, y los ánimos se caldeaban hasta tal punto que ya decían libremente ante el jurado la palabra "puta". Recuerdo que el jurado tocó el timbre varias veces porque las mujeres estaban a punto de agarrarse del cabello otra vez.

El jurado se retiró a deliberar y, media hora más tarde, regreso y dictó fallo. Todos de pie. La señora gorda blanca leyó la sentencia. Absolutoria para la mujer casada, condenatoria para la divorciada. La pena que se le impuso a esta última fue, en primer lugar, una amonestación. La señora dejó de leer el papel y, acto seguido, hizo la amonestación: le dijo que el jurado no juzga con respecto a su vida privada, que, según el testimonio de las personas vecinas, ha sido intachable. Una mujer de elevada estatura moral y que no deseaba arrojar la más leve duda sobre su honra. Pero la considera culpable de imprudencia, pues, cuando una mujer va a pedir prestado algo a una vecina, y encuentra que no está, sino que está sólo su marido, debe abstenerse de entrar para evitar las habladurías del vecindario y la sospecha de su esposa. La otra sanción impuesta por el jurado fue la de continuar la escuela. El jurado había constatado que solo había llegado hasta tercer grado de primaria, quedando

en la obligación de presentar sus calificaciones mensuales ante este tribunal. Aplausos. Yo quedé perplejo ante esta sentencia. ¿Cómo te parece? La castigaron enviándola a la escuela”³².

Experiencias similares se encuentran en comunidades nativas de América Latina, especialmente en Colombia, donde la Constitución protege el pluralismo jurídico.

Sin embargo, no debe olvidarse el contexto y las condiciones en que esta “administración de justicia” se presenta. Casi todas se producen en microsociedades en las cuales los saberes míticos prevalecen, o comunidades muy pequeñas en las que los niveles de complejidad y diferenciación son mínimos. Sin embargo, resulta muy oportuna la siguiente pregunta: ¿podría una sociedad moderna asumir este tipo de experiencia de justicia judicial, dadas las condiciones de burocratización, alta diferenciación, producción posindustrial de la vida material, alta velocidad en sus procesos y profunda complejidad? Seguramente, no³³.

Es necesario recordar que Marx era un ferviente admirador de la Modernidad, lo cual le trajo amargas disputas con socialistas y comunistas del siglo XIX que veían en el pasado la posibilidad de deshacerse de las lacras del capitalismo. A estos Marx les llamó los “románticos” y reprochó de ellos la idea según la cual regresar al pasado era una buena opción. Esas expresiones de “roussonismo”, en las que se elogiaba al “buen salvaje” de J. J. Rousseau, fueron blanco de duras críticas por parte de Marx, quien admiraba la forma en la cual el capitalismo generaba riqueza y progreso (Marx y Engels: 1975, p. 61).

Sin duda, las sociedades del siglo XX y XXI son distintas a aquellas que Marx conoció. La complejidad de estas nuevas formas de agrupación y funcionamiento colectivo requirió formas burocráticas de administración de justicia que desbordaron la sencillez y la simpleza de las experiencias comunitarias o microsociales. Fenómenos como la globalización y la diversificación del capitalismo financiero y corporativo rezagaron la posibilidad de unas prácticas judiciales intuitivas y con alta soberanía popular.

La administración de justicia, como muchos ámbitos de la vida social, fue atrapada por la creciente presencia del sistema y la burocratización. El lenguaje de la eficiencia y la eficacia, propio de la teoría económica, construyeron variables de racionalidad que fueron aplicadas a la totalidad de las relaciones humanas, sin que el derecho fuera una excepción. Lo anterior hizo que la burguesía empezara pronto a prescindir del Estado para aplicar normas de *su* derecho. Es esta la razón por la cual los tribunales de arbitramento y las formas privadas de impartición de justicia son preferidas hoy, en lugar de las formas “estatales”, por las grandes corporaciones multinacionales, en el momento de dirimir sus conflictos.

32 *Tribunales populares en Cuba* (Alcides: edición n. ° 75, 15 de julio a 15 de agosto de 2012).

33 Para comprender los procesos de diferenciación y complejidad, y el paso de las sociedades premodernas a las modernas, ver los trabajos de los sociólogos alemanes Jürgen Habermas y Niklas Luhmann.

Contrariamente a ello, el derecho propiamente estatal se convirtió en un sistema de defensa de los excluidos, en contra de los sectores dominantes. Los tribunales y la creación de los sistemas constitucionales después de 1950 forjaron un sistema normativo que buscó, ante todo, hacer del derecho un lugar de la racionalidad frente a la irracionalidad de los sistemas económicos y políticos. Es en defensa de los derechos que se protegen hoy, por vía judicial, los salarios justos, las condiciones dignas de vida y, en general, un orden justo para la comunidad.

Sin duda, Marx no admitiría una terminología similar para comprender y explicar la necesidad de las transformaciones sociales y políticas. Una terminología semejante podría haber sido tachada de "reformista" o "burguesa"; pero lo que resulta innegable es que, en aquellos lugares donde la revolución política no estalló, las "revoluciones constitucionales", como escenarios de empoderamiento de los pobres del mundo, resultaron muy positivas para el desmonte de privilegios y la profundización de la democracia popular.

Conviene, entonces, formularse el siguiente interrogante: ¿cómo debería ser el derecho en una sociedad poscapitalista? Hemos visto cómo la alta complejidad y la creciente diferenciación social, además del poblamiento lento y continuo de la economía en las relaciones humanas, requirió de una respuesta por parte de aquellos sectores amplios de la población y de las clases menos favorecidas. Esa respuesta vino, sin duda, de la resistencia política y la movilización; pero también devino ello en concepciones del derecho en las cuales este tenía solo un propósito social y, por ende, debía ser considerado como un instrumento de lucha.

Lo anterior, permite establecer, sin duda, una gran paradoja: a pesar del escepticismo y de la incredulidad de Marx con relación al papel del derecho en la sociedad, fue por este, y a partir de este, que todas las conquistas obreras y sociales finalmente pudieron ser logradas y, luego, defendidas y legitimadas.

Esto puede significar, o una transformación sustancial e histórica del derecho, como expresión de la sociedad burguesa, en un mecanismo visible y seguro de entendimiento en la edad de lo moderno y lo razonable, o una transformación de la praxis como filosofía práctica que finalmente entiende y usa el derecho como un instrumento, sin igual, en el momento de proteger y salvaguardar las conquistas revolucionarias.

¿Puede una sociedad poscapitalista reducir su complejidad por el solo hecho de que su superestructura y su infraestructura ahora no están en contradicción dialéctica? Sin duda, la respuesta es no. La sociedad puede, con toda certeza, superar la enfermedad del capitalismo y erradicar sus males; pero, no por ello, dejar de ser *moderna*. Es oportuno recordar que el socialismo es un hijo de la Modernidad y, de una u otra forma, de la Ilustración, no pudiendo este espacio histórico ser reservado únicamente para las libertades, sino también para la igualdad y, con ello, para la razón, en general.

¿A qué otra cosa apela Marx en sus trabajos desde 1844 sino a la racionalización (entendiendo, por ello, a la humanización) del mundo? El capitalismo es, en su criterio, la mejor expresión de la más absoluta irracionalidad, y es contra esa irracionalidad, llena de cifras y serializaciones, contra la cual se debía y se debe luchar. Es esta la razón instrumental que, desde Weber, tiene un rostro visible, y que se rige por fines y medios, es decir, por una comunicación estratégica. El socialismo, y de manera particular el marxismo, es, ante todo, un humanismo.

Lo anterior conduce necesariamente a pensar que todo proyecto antimoderno o que reniegue de la Ilustración y sus luces es opuesto al proyecto socialista y a la forma en que Marx concebía su mundo presente y soñaba el futuro. De ahí, entonces, que toda transformación poscapitalista deba necesariamente partir de los hitos modernos. De alguna forma, es aquello a lo que se refiere el filósofo francés Lyotard, cuando afirma que el socialismo es una metarrelato de la Modernidad (2009).

Con base en ello, no puede pensarse que el poscapitalismo tenga la posibilidad de renegar de las condensaciones históricas a partir de las cuales se pudo salir del mundo mítico de la Edad Media y de la ancestralidad lejana del mundo antiguo. La tecnología, los principios republicanos, el mercado y la Ley son constantes históricas de las cuales debe partir todo proyecto de superación del capitalismo. Para Marx, ello resultaba absolutamente claro y, en todas sus obras, pueden encontrarse pistas importantes sobre ello.

Así, por ejemplo, para el gran filósofo de la economía, el mercado no era un problema³⁴. No se encuentra en las obras de Marx alguna afirmación según la cual el mercado deba desaparecer como institución económica. Sin embargo, sí lo era el que la fuerza de trabajo tuviera que estar supeditada a la oferta y la demanda, como cualquier otra mercancía, sin importar que ello trajera desgracia al ser humano. No era, entonces, “la estatización” de la economía aquello que estuviera en su pensamiento, lo cual haría que el Estado, al que Marx consideraba pasajero y ajeno a la nueva sociedad, lograra un protagonismo inusitado.

Tampoco le molestaba la riqueza y el progreso material de los pueblos. Basta con leer las primeras veinte páginas del Manifiesto del Partido Comunista para encontrar en este una *oda* a la forma en que el capitalismo ha inyectado progreso al mundo y cómo se han dejado atrás los abolengos y las limitaciones de la Edad Media. Lo que, sin duda, no podrá comprender y aceptar es por qué, si un sistema económico como el capitalismo puede producir tanta riqueza, a la vez genera tanta pobreza, y ejércitos enteros de desempleados y explotados.

Con relación a la tecnología y sus grandes avances, para Marx, ello no era un asunto problemático. Se sabe de lo desconcertante que resultó para él la

34 El biógrafo comenta cómo Marx siempre fue defensor del libre comercio, “aun después de convertirse en comunista” (Sperber: 2013, p. 104).

presencia de la *locomotora*³⁵. El autor veía en ella el progreso de un nuevo mundo, sin clases sociales y donde el ser humano cada día tuviera que dedicar menos tiempo al trabajo formal y pudiera utilizar ese tiempo en la formación cultural y artística, es decir, en la realización del *hombre genérico*; igualmente, el derecho y las formas modernas de regulación de las relaciones humanas, frente a la cuales Marx no comprendió muy bien el papel que las leyes y las constituciones podían desempeñar en una futura sociedad.

Sin duda, si Marx hubiera vivido un poco más, habría otorgado al derecho un papel diferente y le hubiera concebido como el mejor y único sistema posible de regulación colectiva; de lo contrario, hubiera tenido que aceptar formas míticas y premodernas que estarían lejos de su ideal filosófico y político. Lo anterior hace pensar que aquella sociedad decimonónica que conoció Marx (quien también fue un filósofo de su tiempo, como lo afirmó Hegel) no tenía aún los rasgos de complejidad que muy rápidamente traerían el capitalismo financiero y bursátil y, por supuesto, la revolución de la información y la tecnología.

A ello deben sumarse, sin duda, los desarrollos modernos de la cultura y la sociedad que harían que los mecanismos de diferenciación y complejidad aumentaran. Ciertamente, las experiencias de justicia comunitaria pueden resolver conflictos sociales sencillos; pero la complejidad de ciertos aspectos y las luchas sociales que se deben librar y legitimar desde el derecho resultan muy grandes para que mecanismos tan simples puedan resultar idóneos.

Se requiere, entonces, de *otro derecho* que, en una nueva sociedad, pueda ayudar a profundizar en los cambios no solo económicos y políticos, sino también de orden social y cultural, propiciando el contexto para que un nuevo ser humano pueda ser posible, quizás ese con el que soñó Marx en sus manuscritos de París.

Este nuevo derecho no solo institucionalizará las reformas y los cambios profundos de la sociedad, y les permitirá a aquellos que se unan en una causa común reconocerse allí, sino que también servirá de límite legitimante ante el actuar de la institucionalidad en general. Es solo, entonces, en términos del derecho, como la nueva sociedad podrá tener la legitimidad que Marx añoraba para el nuevo mundo socialista.

Referencias bibliográficas

- Ávila Peralta, Ramón A. (2012). *Tribunales populares en Cuba*. Periferia, edición n.º 75, julio-agosto de 2012.
- Blumenberg, W. (1985). *Marx*. Editorial Salvat.
- Hirst Paul, Q. (1981). *Marx, Engels, la ley, el delito y la moralidad*.

35 Dice un testigo que Marx se mostró "emocionado" al ver una reproducción de la locomotora en una vitrina (Whenn: 2007, p. 35).

- Kelsen H. (1958). *Teoría comunista del derecho y del Estado*. Editorial Emecé.
- Lyotard J, F. (2009). *La Posmodernidad explicada a los niños*. Gedisa Editorial.
- Marx, K. (2008). *Escritos de juventud sobre el derecho*. Antrophos. Edición de Rubén Jaramillo.
- Marx, K. (2008). *Escritos de juventud sobre derecho, textos de 1837-1947*. Antrophos.
- Marx, K. (1974). *La teoría de la plusvalía*. Editorial Cartago. Tomo I.
- Marx, K. (1974). *La guerra civil en Francia*. Editorial Progreso.
- Marx, K. y Engels, F. (1975). *Manifiesto del Partido Comunista*. Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras.
- Marx, K. y Engels, F. (1974). *Obras escogidas*. Editorial Progreso. Tomo I.
- Marx, K. y Engels, F. (1974). *Obras escogidas*. Editorial Progreso. Tomo II.
- Marx, K. y Engels, F. (1974). *Obras escogidas*. Editorial Progreso. Tomo III.
- Petrucciani, S. (1995). Marx, la ética y la justicia. El debate anglosajón. En: *Revista Praxis Filosófica*, n. ° 5.
- Sperberg, J. (2013). *Karl Marx, una vida decimonónica*. Galaxia Editorial.
- Whenn, F. (2007). *La historia del capital de Karl Marx*. Editorial Debate.

El Centenario de la Revolución rusa

Ricardo Sánchez Ángel³⁶

I

En las conferencias “George Macaulay Evelyan” en la Universidad de Cambridge (1967) el historiador Isaac Deutscher planteó los interrogantes adecuados a propósito de la celebración de la Revolución de Octubre. ¿Cuál era el significado de esa revolución a los 50 años de haberse realizado? ¿Se justificó esa tarea histórica colosal?

Deutscher responde:

“La Revolución rusa ha planteado problemas mucho más profundos, ha provocado conflictos mucho más violentos y ha desencadenado fuerzas mucho más grandes que las que acompañaron a las mayores conmociones sociales del pasado. Y, sin embargo, la revolución no ha llegado a su término. Todavía se encuentra en proceso de desarrollo. Todavía puede sorprendernos con marcados y súbitos virajes. Todavía es capaz de alterar su propia perspectiva. El terreno en que vamos a adentrarnos es uno que los historiadores temen pisar o deben pisar con temor”³⁷.

Transcurridos 100 años de este acontecimiento histórico, ha operado un hecho capital: el retorno de la sociedad y la economía soviética al capitalismo. En el 50 aniversario, la herencia de la revolución tenía el soporte de una estructura basada en la propiedad social y pública. Además, se conservaban relativamente memorias de estos acontecimientos.

A los 100 años, la realidad socioeconómica ha cambiado radicalmente. Lo que existe hoy es un sistema capitalista con todas las letras, una burguesía plena y no

36 Abogado de la Universidad del Valle, Magíster en Filosofía y Doctor en Historia de la Universidad Nacional de Colombia, profesor titular de la Facultad de Filosofía y actualmente director del Doctorado en Derecho de la Universidad Libre.

37 Deutscher, Isaac. *La revolución inconclusa*. México: Ediciones Era, 1967. p. 9.

solo una casta burocrática, las tradiciones se han esfumado mayoritariamente dada la confusión entre octubre de 1917 como desarrollo emancipador y el régimen totalitario del estalinismo. Quedan ocultas y marginales memorias de las generaciones anteriores, dado que las nuevas están moldeadas por los valores y espejismos del capitalismo occidental. Quedan ocultas y olvidadas las grandes purgas, los procesos inquisitoriales y las víctimas campesinas y obreras.

La paradoja del centenario es que, en el derrumbe de 1989, la URSS era la segunda potencia industrial, militar y dueña de un acervo de investigación científica y cultural enormes. Su presencia de todo orden en lo internacional era dominante, a tal punto que la política de coexistencia pacífica en el marco de la guerra fría expresaba un equilibrio de fuerzas entre los dos sistemas. Su talón de Aquiles era el talante cerrado y autoritario del Estado y la sociedad, con sus censuras en la cultura, la historia y los derechos políticos. Con el partido único, dogmático y excluyente, tales contradicciones entre el progreso y la censura, entre la riqueza urbana-industrial y las enormes desigualdades, la consolidación de una casta burocrática con enormes privilegios y las presiones del contexto tecnológico y cultural del alto capitalismo, detonaron el derrumbe del sistema en el marco de las Glasnot y la Perestroika.

La Revolución rusa de 1917 es comprensible si se la reconoce como resultado de un largo proceso de maduración histórica que viene de las revoluciones europeas, especialmente la francesa de 1789-1794, las de 1848, la Comuna de París de 1871 -cuando los trabajadores intentaron tomar el cielo por asalto- y, sobre todo, la revolución de 1905 en la propia Rusia, en el contexto de la derrota con el Japón. Esta última fue denominada por Lenin como "ensayo general". La de 1917 es contemporánea de las que son su extensión: las revoluciones alemana y austriaca de 1918, los soviets de Hungría y Baviera, la revolución italiana de 1919 y del nuevo intento en Alemania en 1923³⁸. Se prolongó tal dinámica con la revolución china de 1925-1927 y la revolución española de 1931. En este ciclo hay que ubicar, con sus propios ritmos, la revolución mexicana de 1910-1920.

La Revolución de Octubre constituye la última de las revoluciones burguesas y, al mismo tiempo, la primera revolución socialista. Este carácter combinado se corresponde con la estructura social de un inmenso país que tenía un grave problema agrario sin resolver, un desarrollo combinado de las formas económicas (desde la comuna rural hasta la pequeña propiedad y el capitalismo en todas sus formas). Un desarrollo desigual, con una industrialización de punta y formas de atraso secular. En un vasto imperio que oprimía un conjunto de naciones y, a su vez, era sometido a la dominación del capital extranjero en la banca y la industria. Esto le dio el perfil dependiente a la burguesía rusa.

38 Claudín, Fernando. "La experiencia alemana en la crisis". En: *La crisis del movimiento comunista. De la Kominter a la Komiform*. Francia: Editorial Ruedo Ibérico, 1970.

En la cúspide de un Estado imperial y a la vez semifeudal, estaba la dinastía monárquica de los Zares Romanov, de larga existencia despótica. De allí que el objetivo inmediato de los revolucionarios fuera el derrocamiento del régimen zarista. Richard Pipes dice:

“En virtud de su estructura social y económica, por lo tanto, la Rusia imperial se asemejaba más a un país asiático como China que a Europa occidental, aunque era considerada parte del continente, en cuya política participaba activamente como una de sus grandes potencias”³⁹.

Hay que reiterar que la Rusia imperial era una abigarrada constelación de formas económicas, sociales, culturales y estatales, un todo donde se articulan distintos modos de producción y desarrollo, combinando el atraso con lo más avanzado de la técnica capitalista industrial. Sobre estas estructuras se dinamizó el carácter permanente de la revolución, relacionando lo democrático con lo socialista, lo nacional con lo internacional.

Estas características, embrolladas en grado sumo, del imperio de los Romanov es lo que llevó a Antonio Gramsci a denominar a los sucesos de 1917, con el título desconcertante de *La revolución contra El capital*, el 5 de enero de 1918. En este artículo, se subraya que *El Capital* de Marx era en Rusia un libro de los burgueses más que de los proletarios:

“era la demostración crítica de la fatal necesidad de que en Rusia se formara una burguesía, empezara una Era capitalista, e instaurase una civilización de tipo occidental, antes de que el proletariado pudiera pensar siquiera en su ofensiva, en sus reivindicaciones de clase, en su revolución...”

Y, sin embargo, también en estos acontecimientos hay una fatalidad, y si los bolcheviques reniegan de algunas afirmaciones de *El capital*, no reniegan, en cambio, de su pensamiento inmanente, vivificador”⁴⁰.

Gramsci enfatizó en la no reedición del curso del capitalismo inglés, norteamericano o francés, sino que el proletariado ruso comenzaría su historia partiendo del máximo de la producción capitalista en Inglaterra, empezando por lo que otros países ya han logrado.

39 Pipes, Richard. *La Revolución rusa*. Barcelona: Debate: 2016. p. 99. Este libro lo considera su autor, en la introducción, como “el primer intento, en cualquier lengua, de presentar un análisis exhaustivo de la revolución rusa, posiblemente el acontecimiento más importante del siglo XX”. p. XXI. Es por esto que escogí este libro de 1047 págs. para contrapuntear, entre otros con León Trotsky, un autor ponderado ampliamente por Pipes.

40 Gramsci, Antonio. “La revolución contra “El capital””. En: *Antología* (Selección y notas de Manuel Sacristán). México: Editorial Siglo XXI, 1970. pp. 34.

Teóricamente, Gramsci está contra el reduccionismo económico a lo Plejanov y los mencheviques, al igual que se aparta de la idea de Kautsky de que la revolución en pleno desarrollo era democrático-burguesa. De allí la paradoja del nombre del artículo⁴¹.

II

El imperio zarista oprimía a las nacionalidades. Rusia era la nacionalidad hegemónica con sus 70 millones de habitantes (47%). El resto, 90 millones (53%). Víctor Serge ilustra:

“La población del imperio se descomponía como sigue, desde el punto de vista de las nacionalidades: grandes rusos, 56.000.000; ucranianos, 22.300.000; rusos blancos, 6.000.000 aproximadamente; polacos, 8.000.000; lituanos, 3.100.000; judíos, 5.100.000; alemanes, 1.800.000; moldavos, 1.100.000; finlandeses, 2.600.000; pueblos del Cáucaso, 1.100.000; pueblos de origen finlandés (estonianos, karelianos, etc.), 3.500.000; pueblos turco-tártaros, 13.600.000. Lo que caracterizaba al estatuto del Imperio era la hegemonía absoluta que ejercía la nación conquistadora, la Gran Rusia; su idioma era el único idioma oficial, su religión, o sea la religión griega ortodoxa, era la religión del Estado. Sin embargo, los grandes rusos no formaban sino una minoría de 56 millones sobre una población total de 129 millones”⁴².

Fue Lenin quien mejor percibió el asunto del derecho a la autodeterminación de los pueblos, el reconocimiento de una cuestión nacional que debía ser resuelta democráticamente. La separación de las nacionalidades no era posible evitarlas de manera burocrática y opresora. Los escritos de Lenin fueron impactantes en la opinión internacional y estimuló la inconformidad contra el zarismo y contra los Habsburgo en Austria. Comenta Bernd Marquardt:

“En términos generales, el sistema internacional de la *anarquía de la soberanía* reconoció un derecho amplio del vencedor a imponer sus deseos territoriales. Sin embargo, en la fase final de la Primera Guerra Mundial, ascendió una nueva estrella de la retórica territorial de la era nacional: la *autodeterminación de los pueblos*, basada en una propuesta de LENIN que fue popularizada por el Presidente estadounidense WILSON”⁴³.

41 Ver: Liguori, Guido. *Gramsci e la Rivoluzione d'Ottobre*. Disponible en: <http://www.gramscimania.info/ve/2017/09/gramsci-e-la-rivoluzione-dottobre.html>

42 Serge, Víctor. *El año I de la Revolución rusa*. México: Siglo XXI Editores, 1965, p. 115-116.

43 Marquardt, Bernd. *Ius contra bellum. La promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público (interno e internacional) recorrido del último milenio*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017. pp. 221-222.

Lo que Lenin perfiló fue la diferencia entre naciones dominantes y naciones dominadas y la necesidad de estas de levantarse contra tales dominaciones imperiales adentro y afuera de las fronteras. Tal política se sincronizó con el radicalismo de las nacionalidades en 1917, que se proyectó como estrategia a la revolución anti colonial.

La Revolución rusa interpretó esta realidad y aceptó la independencia de Finlandia y Polonia. Además, resolvió el asunto de no dejar que el separatismo fuera utilizado para dividir. Para ello construyó una Federación de Repúblicas Socialistas Soviéticas, la Unión Soviética⁴⁴.

III

La revolución comenzó el 23 de febrero de 1917 (8 de marzo en el calendario gregoriano), día internacional de la mujer. Relata Trotsky:

“Es evidente, pues, que la Revolución de Febrero empezó desde abajo, venciendo la resistencia de las propias organizaciones revolucionarias; con la particularidad de que esta espontánea iniciativa corrió a cargo de la parte más oprimida y cohibida del proletariado: las obreras del ramo textil, entre las cuales hay que suponer que habría no pocas mujeres casadas con soldados. Las colas estacionadas a la puerta de las panaderías, cada vez mayores, se encargaron de dar el último empujón. El día 23 se declararon en huelga cerca de 90.000 obreras y obreros. Su espíritu combativo se exteriorizaba en manifestaciones, mítines y encuentros con la policía. El movimiento se inició en la barriada fabril de Viborg, desde donde se propagó a los barrios de Petersburgo. Según los informes de la policía, en las demás partes de la ciudad no hubo huelgas ni manifestaciones. Ese día fueron llamados ya en ayuda de la policía destacamentos de tropa poco numerosos al parecer, pero sin que se produjesen choques entre ellos y los huelguistas. Manifestaciones de mujeres en que figuraban solamente obreras se dirigían en masa a la Duma municipal pidiendo pan. Era como pedir peras al olmo. Salieron a relucir en distintas partes de la ciudad banderas rojas, cuyas leyendas testimoniaban que los trabajadores querían pan, pero no querían, en cambio la autocracia ni la guerra. El Día de la Mujer transcurrió con éxito, con entusiasmo y sin víctimas. Pero ya había anochecido y nadie barruntaba aun lo que este día fenecido llevaba en su entraña”⁴⁵.

44 Ver: Car, E. H. *La revolución bolchevique (1917-1923)*. Madrid: Alianza Editorial, 1972. Vol. I. “La conquista y organización del poder”.

45 Trotsky, León. *Historia de la Revolución rusa*. Bogotá: Editorial Pluma, 1982. p. 106, tomo I.

Desde entonces las mujeres desplegaron su ímpetu y lograron su mayoría de edad. Estas luchas se acompañaron de un debate feminista en Europa, donde Clara Zetkin era secretaria de la Internacional Socialista de Mujeres y fueron determinantes en las decisiones del gobierno revolucionario sobre sus reivindicaciones. Un período de esplendor de las luchas. Alejandra Kollantai fue la ministra encargada de coordinar las tareas⁴⁶. Varvara Yákovleva fue ministra de Educación en 1922 y luego ministra de Hacienda. Elena Stásova era integrante del comité central del partido bolchevique. Otras personalidades destacadas son Inessa Armand, Sofía Smidovich, Konkordia Samoilova, Klavdia Nikolayeva, Nadezhda Krúpskaya y Natalia Sedova. La figura estelar a nivel internacional en 1917 hasta su asesinato el 10 de enero de 1919 es Rosa Luxemburgo.

Las principales medidas del nuevo gobierno soviético fueron: 1. Igualdad jurídica entre hombres y mujeres con búsqueda de la igualdad real. 2. Abolición de la legislación zarista sobre la familia y el homosexualismo. 3. Proclamación del Estado laico aboliendo la interferencia de la Iglesia Ortodoxa en los asuntos públicos y reconocimiento exclusivo del matrimonio civil. 4. Derecho al divorcio de manera directa y expedita. 5. Derecho al aborto. 6. Igualdad de garantías para la pensión alimentaria. 7. Abolición de la legislación discriminatoria en la propiedad y sobre los llamados "hijos ilegítimos". 8. Monopolio de las adopciones por el Estado, quien se encargó de la educación. 9. Una política de guarderías infantiles, lavanderías y restaurantes colectivos, en un sistema de viviendas con urbanismo integrador de estas actividades⁴⁷. La mayoría de estas medidas fueron revertidas durante el gobierno de José Stalin.

En la búsqueda de causalidades de la Revolución de 1905, Richard Pipes señala a la movilización estudiantil como el factor desencadenante del proceso revolucionario. En los comienzos de su voluminosa obra señala:

"Si queremos identificar acontecimientos que no solo hayan presagiado 1917, sino que hayan llevado directamente a él, la elección tiene que recaer en los disturbios que estallaron en las universidades rusas en febrero de 1899. Si bien pronto fueron sofocados por la habitual combinación de concesiones y represión, estos disturbios pusieron en marcha un movimiento de protesta contra la autocracia que no menguó hasta el levantamiento revolucionario de 1905-1906"⁴⁸.

El movimiento de los estudiantes y jóvenes fue una cantera donde se formaron varios de los dirigentes de los partidos políticos.

46 Ver: Ali, Tariq. "Las mujeres de octubre". Disponible en: <http://www.sinpermiso.info/textos/las-mujeres-de-octubre>.

47 Ver: Ali, Tariq. *Los dilemas de Lenin*. Madrid: Alianza Editorial, 2017.

48 Pipes, Richard. op. cit., p. 3.

IV

Pipes, al referirse al asunto crucial de la cuestión agraria, señala el carácter social, económico y demográfico de Rusia como rural y campesino a comienzos de siglo. Su composición aldeana, comunal y el papel de la casa, le dan unas particularidades al campesino ruso frente al de otros grandes países como Japón y la India. En estos pueblos, la primogenitura le daba continuidad a la propiedad familiar con todos sus agregados.

Opuesto a la caracterización de la formación social en el campo como "feudal" y de esta situación como causa de la revolución, Pipes afirma que Rusia era la clásica tierra de pequeños campesinos, los latifundios eran un asunto de frontera con Polonia y Suecia: "En vísperas de la revolución, los campesinos eran dueños en la Rusia europea de nueve décimas partes de las tierras cultivables"⁴⁹, teniendo en cuenta que de los 15 millones de km² de la Rusia europea y Siberia solo 2 millones eran cultivables y un millón era pastoril, en un país de 130 millones de hectáreas y 22 millones de km².

La servidumbre fue abolida en 1861, conservando el régimen comunal. Para León Trotsky el asunto era más complicado y el análisis debía desenredarlo:

"El total de tierra laborable enclavada dentro de los confines de la Rusia europea se calculaba, en vísperas de la primera revolución, en doscientos ochenta millones de deciatinas. Las tierras comunales de los pueblos ascendían a unos 140 millones, los dominios de la Corona a cinco millones aproximadamente, los de la Iglesia sumaban sobre poco más o menos, dos millones y medio de deciatinas. De las tierras de propiedad privada, unos 70 millones de deciatinas se distribuían entre treinta mil grandes hacendados, a los que correspondían más de quinientas deciatinas por cabeza, es decir, la misma cantidad aproximadamente con que tenían que vivir unos diez millones de familias campesinas. Esta estadística agraria constituía, ya de por sí, todo un programa de guerra campesina"⁵⁰.

Para 1916, producto de la reforma generada por la revolución de 1905, dos y medio millones de labradores eran propietarios de 17 millones de deciatinas. Otros 2 millones pedían 14 millones. Comenta Trotsky: "Lo malo era que estas propiedades carecían en su mayoría de viabilidad y no eran más que materiales para una selección natural"⁵¹. Este hecho cualitativo es el que Pipes elude en su análisis.

Tanto terratenientes como campesinos vendían su propiedad a la nueva burguesía rural hacendaria, cuyos orígenes datan de finales del siglo XIX. Es el

49 Ibidem. p. 109.

50 Trotsky, León. Op. cit., p. 52. La deciatina equivale a 10.900 metros cuadrados, un poco más de una hectárea.

51 Ibidem. p. 53.

asunto de la descomposición del campesinado o descampenización que Lenin trabajó en su larga investigación *El desarrollo del capitalismo en Rusia*, publicada en 1899⁵².

El carácter asiático de Rusia fue siempre subrayado por los revolucionarios, especialmente por Lenin y Trotsky. También Karl Kautsky y otros. El proceso de europeización fue comenzado formalmente bajo Pedro el Grande (1682-1725). No obstante, esta hibridez del régimen social y estatal, no se dejó de caracterizar el régimen como feudal, en medio de fuertes polémicas. Trotsky dice:

“La existencia en Rusia de un régimen feudal, negada por los historiadores tradicionales, puede considerarse hoy indiscutiblemente demostrada por las modernas investigaciones. Es más: los elementos fundamentales del feudalismo ruso eran los mismos que los de occidente. Pero el solo hecho de que la existencia en Rusia de una época feudal haya tenido que demostrarse mediante largas polémicas científicas, es ya claro indicio del carácter imperfecto del feudalismo ruso, de sus formas indefinidas, de la pobreza de sus monumentos culturales”⁵³.

El Imperio de los Romanov estaba atrapado en múltiples contradicciones, que discurrían en la vida económica, social, internacional –la Gran Guerra–, política y cultural, que se volvieron explosivas, abiertamente antagónicas. Así se valida la metáfora de Lenin sobre Rusia como el eslabón más débil de la cadena imperialista.

Ninguna particularidad sociocultural suplanta la raíz socioeconómica de superar el régimen terrateniente como causalidad principal. Este horizonte estuvo en el centro de los levantamientos campesinos, contrario a lo afirmado por Richard Pipes sobre que no fue un factor determinante. Levantamientos que se remontan a los siglos XVII y XVIII, acaudillados por Pugacher, Stenka Razin y Bolotnikov.

El mes de mayo de 1917 fue del agrupamiento en el Congreso Campesino, donde Lenin planteó la necesidad que los campesinos cultivaran, mantuvieran el orden y cesaran la destrucción de propiedades. Era la voz de un estadista, que no cesaba de convocar a la revolución agraria y a la formación de soviets. Allí planteó que la propiedad terrateniente debía pasarse toda al pueblo para ser repartida, organizadamente, por los comités agrarios. Alertó: la tierra no se puede comer. No se gana nada si no hay aperos, ganado, semillas, servicios, dinero. No se trataba de un reparto negro, sino de una reforma campesina. En este congreso los campesinos empezaron a darle más credibilidad a los bolcheviques⁵⁴.

52 Lenin, Vladimir Ilich. “El desarrollo del capitalismo en Rusia”. En: *Obras completas*. Buenos Aires: Editorial Cartago, 1957. pp. 7-600, tomo III.

53 Trotsky, León. Op. cit., p. 14.

54 Ver: Lenin, Vladimir Ilich. “Carta abierta a los delegados al congreso de diputados campesinos de toda Rusia”. En: *La alianza de la clase obrera y del campesinado*. Moscú: Editorial Progreso, s/f. pp. 379-383. En el mismo libro: “I Congreso de Diputados Campesinos de toda Rusia. 4-28 de mayo (17 de mayo -10 de junio) de 1917” (pp. 384-386).

V

En 1917, la revolución democrática abrió las puertas a la República derrocando el zarismo. Se combatió la opresión ejercida por la camarilla del zar y la zarina, de cuyos entretelones formó parte Rasputín, inaugurándose un poder dual.

El papel de las masas es la clave en la definición de la revolución, lo cual obliga a su análisis y ponderación. El proceso revolucionario entrelaza las tradiciones de la lucha, de avances y retrocesos, de reconocimientos a las ideas que interpretan su causa, buscando que la acción sea con ideas, y viceversa.

A su vez, la revolución es la sustitución de un régimen político por uno nuevo, dando así comienzo a las tareas de la revolución, continuando los avances sociales como la toma de latifundios, de viviendas ociosas y de control obrero. La revolución de 1917 tuvo como ensayo general la de 1905 y fue un acontecimiento compuesto por la revolución de febrero y la de octubre como culminación del drama revolucionario, con la aplicación de “todo el poder a los soviets”. La revolución de febrero se concretó con un conjunto de manifestaciones: la huelga general, la desmoralización y división de las fuerzas armadas, las contradicciones en el bloque dominante, la escasez, el miedo por los duros golpes sufridos en la Gran Guerra por parte de Rusia. Dicha guerra catalizó la crisis.

La huelga general como huelga de masas fue la forma de lucha que se expresó en todo su esplendor en la Revolución de 1905 y que Rosa Luxemburgo teorizó y realizó su historia⁵⁵, y es clave en la demostración del poder social de los de abajo que atrajo a la tropa a las filas de la revolución. Quizá, lo más expresivo de la radicalidad desde abajo consistió en la negativa de las trabajadoras domésticas a laborar: “Por esta parte, acaso, pudiera decirse que la revolución atacaba el punto más sensible: la resistencia de los esclavos domésticos destruía definitivamente la estabilidad de la vida patriarcal”⁵⁶.

El proletariado se desarrolló con el trabajo agrícola, los puertos y buques, los ferrocarriles, las minas, y en las fábricas, que de manera pujante irrumpieron a comienzos del siglo XX. La fábrica de Putilov tenía 30 mil trabajadores y el más populoso barrio de Petesburgo, el Víborg, era proletario, y fue el epicentro de la organización, armamento y movilización revolucionaria, de la misma manera que la base naval de Kronstadt fue otro gran epicentro. En 1905, los huelguistas fueron 1.843.000. En la primera mitad de 1914 –el año en que comenzó la guerra – 1.059.000. En 1917, solo en enero y febrero fueron 575.000. Son huelgas que entrelazan lo económico con lo político, inaugurándose en 1916 con una huelga general.

55 Ver: Luxemburgo, Rosa. *Huelga de masas, partido y sindicatos*. Buenos Aires: Ediciones Pasado y Presente, 1970.

56 Trotsky, León. Op. cit., p. 254, cap. 44, tomo 3.

La insurrección de octubre hay que leerla en un proceso que es el propio de la revolución y al cual está subordinada. El período insurreccional comenzó el 9 y el 12 de octubre, cuando se creó el Comité Militar Revolucionario y ocurrió la crisis en la guarnición de Petrogrado. A partir de allí, con reparto de armas, se dio la ofensiva envolvente durante 6 días decisivos y 9 más: "Durante todo este período actuaron directamente centenares de miles de soldados y de obreros, formalmente a la defensiva, pero, en realidad, atacando"⁵⁷. Hasta llegar al día definitivo de las 2 de la mañana del 25 hasta las 2 de la mañana del 26, en que intervinieron 30 mil insurrectos.

Esta realidad, anclada en la profunda revolución social, es lo que llevó a que sectores de la izquierda de los socialistas revolucionarios y del anarquismo apoyaran la revolución.

Rusia formaba parte del club de las potencias imperiales, con Inglaterra, Alemania, Francia y Austria-Hungría. Pero Rusia era altamente dependiente en materia financiera e industrial, especialmente con Francia. La alianza franco-rusa era un pivote de la política central europea.

"La presencia en la banca rusa por parte de Francia era de 55%, los ingleses 10% y los alemanes 35%. Este capital extranjero controlaba la metalurgia y las locomotoras entre 60 y 80%, la fabricación de máquinas en el 100%, al igual que los astilleros en un 96%, el carbón 75% y el petróleo 60%. De manera exponencial, la deuda externa rusa creció durante la guerra y, hay que significar que la producción de equipos industriales era secundaria. Entonces, la debilidad de la burguesía rusa era significativa, lo que reforzó que el carácter atrasado y dependiente del imperio"⁵⁸.

La guerra trajo efectos devastadores para la industrialización. Dice Trotsky:

"Durante el primer año de guerra, Rusia perdió cerca de la quinta parte de sus fuerzas industriales. Un 50% de la producción total y cerca del 75% de la textil hubieron de destinarse a cubrir las necesidades del ejército y de la guerra. Los transportes, agobiados de trabajo, no daban abasto a la necesidad de combustible y materias primas de las fábricas. La guerra, después de devorar toda la renta nacional líquida, amenazaba con disipar también el capital básico del país"⁵⁹.

Petesburgo, la capital, fue virtualmente ocupada por una tupida red de proletarios de toda condición, desde la fábrica hasta los barrios, pasando por los porteros, trabajadoras domésticas, independientes... Los trabajadores, como en 1905, en simultánea organizaron sindicatos y soviets. Este último como poder de

57 Trotsky, León. Op. cit. p. 333, tomo 3.

58 Serge, Víctor. Op. Cit. pp. 171-172.

59 Ibidem. p. 49.

abajo es la expresión de múltiples luchas y representaciones. Fue la clave para el triunfo de la insurrección. Los soviets triunfaron.

VI

Lenin teorizó la forma del Estado revolucionario bajo los parámetros del Estado Comuna en su libro *El Estado y la revolución*, escrito en agosto-septiembre de 1917. En sus *Tesis de abril*⁶⁰, que orientaron la acción de los bolcheviques para ganar con persuasión el apoyo de las masas, define el poder soviético en lucha contra el poder de la burguesía y sus aliados, así: "Este poder es un poder del mismo tipo que la Comuna de París de 1871". Es la expresión de los de abajo, constituidos en poder alterno a los de arriba. Es el poder dual, singular momento de la revolución en pleno desarrollo, pero que no asume el poder total, sino que todavía apoya el gobierno de los burgueses y social-revolucionarios de Kerensky y otros.

La mayoría de los soviets son todavía partidarios de ese gobierno que promete la creación de una Asamblea Constituyente. Habrá que influir con audacia y en forma sistemática en la conciencia de las mayorías de los trabajadores y, de acuerdo a su experiencia, para que los soviets decidieran apoyar un gobierno dirigido por Lenin y su partido. Se trató de impulsar la transición al socialismo, donde Rusia era el comienzo de una dinámica internacional. Al capitalismo, en su fase imperialista como sistema internacional, había que oponer el socialismo en la escena mundial⁶¹.

La Revolución de febrero fue el prólogo de octubre y existe una línea indisoluble y desconcertante entre estos dos sucesos. Las masas recuperaron las tradiciones del poder dual, los soviets de obreros, soldados y campesinos que se crearon en 1905 y los potenciaron. En febrero se dio una insurrección armada con resultados cruentos (29 muertos y 114 heridos) que entregó el poder a la burguesía. En julio se intentó otro levantamiento, que a la postre resultó fallido y tuvo un saldo trágico. En el intermedio surgió un gobierno liberal primero, presidido por el príncipe Lvov, en julio. Y luego de coalición, cuyo líder fue Kerensky, contra el que se intentó un golpe de Estado por el general Kornilov, que en verdad era contra los soviets. La insurrección de octubre fue incruenta, una "obra de arte" bajo la dirección del Partido Bolchevique, siendo sus dos líderes Lenin y Trotsky.

60 Lenin, Vladimir Ilich. "Tesis de abril". En: *Entre dos revoluciones*. Moscú: Editorial Progreso, 1974. pp. 51-57.

61 Ver: Marx, Karl. "La guerra civil en Francia". En: *Obras escogidas*. Vol. II. Moscú: Editorial Progreso, 1973. pp. 188-257. También: Lenin, Vladimir Ilich. "Las tareas del proletariado en la presente revolución". En: *Entre dos revoluciones*. Moscú: Editorial Progreso, 1974. p. 50-56. Raya Dunayevskaya afirma: "La inseparabilidad de la política y la economía fue establecida por la Comuna con su propia existencia práctica". Ver: Dunayevskaya, Raya. *Marxismo y libertad. Desde 1776 hasta nuestros días*. México: Fontanara, 2007. pp. 128.

Richard Pipes dedica un capítulo de su obra, titulado “El golpe de octubre”⁶², al triunfo de los bolcheviques y de los soviets. Se opone al relato revolucionario y reafirma la tesis de Curzio Malaparte de que octubre fue el primer golpe de Estado moderno y Trotsky su realizador. Dice:

“Pero, según Malaparte, el rasgo característico de las revoluciones modernas es precisamente la toma incruenta y casi silenciosa de puntos estratégicos por destacamentos de tropas de asalto bien entrenadas. El ataque se lleva a cabo con tanta precisión quirúrgica que la población en general no tiene idea de lo que está sucediendo”⁶³.

En una conferencia pronunciada por Trotsky el 27 de noviembre de 1932 ante los estudiantes universitarios en el Stadium de Copenhague (Dinamarca), en pleno exilio, contestó directamente a lo afirmado por Malaparte:

El escritor italiano Malaparte, algo así como un teórico fascista – también existe este producto– ha publicado recientemente un libro sobre la técnica del golpe de Estado. El autor consagra un número no despreciable de páginas de su “investigación” a la insurrección de octubre. A diferencia de la “estrategia” de “Lenin, que permanece unida a las relaciones sociales y políticas de la Rusia de 1918, “la táctica de Trotsky no está –según los términos de Malaparte– unida por nada a las condiciones generales del país”. ¡Tal es la idea principal de la obra! Malaparte obliga a Lenin y a Trotsky en las páginas de su libro a entablar numerosos diálogos en los cuales los interlocutores dan prueba de tan poca profundidad de espíritu como la naturaleza puso a disposición de Malaparte. A las objeciones de Lenin sobre las premisas sociales y políticas de la insurrección, Malaparte atribuye a Trotsky la respuesta literal siguiente: “Vuestra estrategia exige demasiadas condiciones favorables, y la insurrección no tiene necesidad de nada: se basta por sí misma”. ¿Entendéis bien?; “la insurrección no tiene necesidad de nada”. Tal es precisamente, queridos oyentes, el absurdo que debe servirnos para aproximarnos a la verdad. El autor repite con mucha persistencia que en octubre no fue la estrategia de Lenin, sino la táctica de Trotsky lo que triunfó. Esta táctica amenaza, según sus propios términos, todavía ahora, la tranquilidad de los Estados europeos. “La estrategia de Lenin – cito textualmente- no constituye ningún peligro inmediato para los gobiernos de Europa. La táctica de Trotsky constituye un peligro actual y, por tanto, permanente”. Más concretamente: “Poned a Poincaré en lugar de Kerensky, y el golpe de Estado bolchevique de

62 Pipes, Richard. Op. cit., pp. 475-546.

63 Ibidem, p. 524. Ver también: Merridale, Catherine. *El tren de Lenin*. Barcelona: Editorial Crítica, 2017. Esta autora suscribe la tesis del golpe de Estado, a la manera de Malaparte-Pipes, pero no lo referencia. Es un libro que aporta a la *petite histoire*, donde la recuperación de Parvus es importante. Pero falla en el metarrelato y carga las tintas contra Lenin, de cuya personalidad denigra.

octubre de 1917 se hubiera llevado a cabo de igual manera". Resulta difícil creer que semejante libro sea traducido a diversos idiomas y acogido seriamente. En vano trataríamos de profundizar por qué, en general, la estrategia de Lenin, dependiendo de las condiciones históricas, es necesaria, si la "táctica de Trotsky" permite resolver el mismo problema en todas las situaciones. ¿Y por qué las revoluciones victoriosas son tan raras, si para el triunfo basta con un par de recetas técnicas"⁶⁴.

Trotsky teorizó de manera aguda la relación entre conspiración, insurrección y revolución en "El arte de la insurrección", un capítulo de su *Historia de la revolución rusa*. Allí diferenció al blanquismo y al espontaneísmo para reafirmar su relato y análisis sobre la revolución. Por su parte, Lenin lo hizo en un artículo memorable *El marxismo y la insurrección*⁶⁵.

VII

Carlos Taibo, un investigador universitario, desde la orilla del anarquismo, escribió una obra con motivo del centenario de octubre, dedicada a recuperar y renovar el papel y las concepciones anarquistas. Es un trabajo documentado en la historiografía de y sobre los ácratas. Y, por ende, antagónica a la valoración de los bolcheviques.

Sin referirse a las tesis del golpe de Estado de Cursio Malaparte y Richard Pipes, retomando la interpretación anarquista, Taibo toma partido por la tesis del golpe de Estado, sumándole en que este tuvo un amplio apoyo social, sobre todo en Petrogrado y Moscú. Se aparta, eso sí, de reconocer que estaba en curso una genuina revolución social, utilizando en cambio el eufemismo de "colapso social general"⁶⁶. Lo que los bolcheviques realizaron entonces, según la versión de Taibo, fue cabalgar en y manipular los procesos, tomándose el poder. La descalificación contra estos campea en la obra, especialmente contra Lenin y Trotsky. Sobre el primero dice: "Si resultaba difícil ignorar el genio táctico de Lenin, forzoso era certificar, con todo, la debilidad de su visión estratégica"⁶⁷. Una pobre afirmación que contradice el papel ganado por Lenin en la historia como estrategia político. Mejor, por su precisión y rigor histórico, resulta la apreciación de E. H. Carr:

"El éxito del golpe de Petrogrado del 25 de octubre de 1917, realizado casi sin esfuerzo, parecía demostrar que, en verdad, tenía tras sí a

64 Trotsky, León. *Lecciones de octubre. ¿Qué fue la Revolución rusa?* Buenos Aires: Biblioteca proletaria, 1971. pp. 83-84. 2ª edición. Aquí Trotsky está reiterando lo afirmado en sus *Historia* (p. 333). También: Lenin, Vladimir Ilich *Entre dos revoluciones*. Op. cit.

65 Lenin, Vladimir Ilich. "El marxismo y la insurrección". En: *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, 1970. Tomo II. pp. 393-398.

66 Taibo, Carlos. *Anarquismo y revolución en Rusia 1917-1921*. Madrid: Editorial catarata, 2017. 2ª edición. p. 134.

67 *Ibidem*. p. 76, cap. 3.

la inmensa mayoría de la población. La jactancia de que hacían gala los bolcheviques de que la Revolución misma costó especialmente pocas vidas y de que la mayor parte de las pérdidas lo fueron en los intentos realizados por sus enemigos para arrancar la victoria de las manos de los que ya la tenían ganada, estaba justificada⁶⁸.

Los primeros decretos de los Soviets en su segundo congreso, el 26 de octubre de 1917, fueron: 1. El informe y decreto sobre la paz. 2. El informe y decreto sobre la tierra. Luego se aprobó el control obrero, el 14 de noviembre, por parte del Consejo de Comisarios del Pueblo. 3. La Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado. Otras medidas fueron: la nacionalización de la banca y la creación del banco del Estado el 14 de diciembre de 1917, la abolición de la deuda externa y la nacionalización de la gran industria el 26 de junio de 1918⁶⁹. El 10 de junio de 1918, el V Congreso de los Soviets aprobó la Constitución Política, un trabajo de sistematización jurídico-política y de organización del Estado. Se abrió paso a la planeación, en una estrategia de transición hacia el socialismo. En palabras de Lenin, se trató de la tercera revolución, después de febrero y octubre.

Lo anunciado se cumplía. Son la credibilidad y la influencia de octubre, las razones de su encanto.

Nada de esto hubiese sido posible, es decir, el triunfo de la Revolución en 1917, sin la actuación y dirección del Partido Bolchevique. En primer lugar, Lenin, quien fue figura imprescindible para el triunfo por su claridad estratégica e inmensa capacidad de liderazgo. A él se suma León Trotsky, el director de la insurrección, que presidió el comité militar al igual que el Soviet de Petrogrado, y luego fue organizador del Ejército Rojo al que condujo a la victoria.

Referencias bibliográficas

- Ali, Tariq. "Las mujeres de octubre". Disponible en <http://www.sinpermiso.info/textos/las-mujeres-de-octubre>.
- Ali, Tariq. *Los dilemas de Lenin*. Madrid: Alianza editorial, 2017.
- Carr, E. H. *La Revolución bolchevique (1917-1923)*. Madrid: Alianza Editorial, 1972. vol. I. "La conquista y organización del poder".
- Claudín, Fernando. "La experiencia alemana en la crisis". En: *La crisis del movimiento comunista. De la Kominter a la Komiform*. Francia: Editorial Ruedo Ibérico, 1970.
- Deutscher, Isaac. *La revolución inconclusa*. México: Ediciones Era, 1967.
- Dunayevskaya, Raya. *Marxismo y libertad. Desde 1776 hasta nuestros días*. México: Fontanara, 2007.
- Gramsci, Antonio. "La revolución contra *El capital*". En: *Antología* (Selección y

68 Carr, E. H. Op. cit., p. 169.

69 Ver: Lenin, Vladimir Ilich. *Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado*. Moscú: Editorial Progreso, s/f.

- notas de Manuel Sacristán). México: Editorial Siglo XXI, 1970.
- Lenin, Vladimir Ilich. "El desarrollo del capitalismo en Rusia". En: *Obras completas*. Buenos Aires: Editorial Cartago, 1957. Tomo III.
 - Lenin, Vladimir Ilich. "Carta abierta a los delegados al congreso de diputados campesinos de toda Rusia". En: *La alianza de la clase obrera y del campesinado*. Moscú: Editorial Progreso, s/f.
 - Lenin, Vladimir Ilich. "I Congreso de Diputados campesinos de toda Rusia. 4-28 de mayo (17 de mayo -10 de junio) de 1917". En: *La alianza de la clase obrera y del campesinado*. Moscú: Editorial Progreso, s/f.
 - Lenin, Vladimir Ilich. "Tesis de abril". En: *Entre dos revoluciones*. Moscú: Editorial Progreso, 1974.
 - Lenin, Vladimir Ilich. "Las tareas del proletariado en la presente revolución". En: *Entre dos revoluciones*. Moscú: Editorial Progreso, 1974.
 - Lenin, Vladimir Ilich. "El marxismo y la insurrección". En: *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, 1970. Tomo II.
 - Lenin, Vladimir Ilich. *Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado*. Moscú: Editorial Progreso, s/f.
 - Liguori, Guido. *Gramsci e la Rivoluzione d'Ottobre*. Disponible en: <http://www.gramscimania.info/ve/2017/09/gramsci-e-la-rivoluzione-dottobre.html>
 - Luxemburgo, Rosa. *Huelga de masas, partido y sindicatos*. Buenos Aires: Ediciones Pasado y Presente, 1970.
 - Malaparte, Curzio, *Técnica de golpe de estado*. México: Editorial Latino Americana, 1963. 3ª edición.
 -
 - Marquardt, Bernd. *Ius contra bellum. La promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público (interno e internacional) recorrido del último milenio*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
 - Marx, Karl. "La guerra civil en Francia". En: *Obras escogidas*. Vol. II. Moscú: Editorial Progreso, 1973.
 - Merridale, Catherine. *El tren de Lenin*. Barcelona: Editorial Crítica, 2017.
 - Pipes, Richard. *La Revolución Rusa*. Barcelona: Debate: 2016.
 - Serge, Víctor. *El año I de la Revolución Rusa*. México: Siglo XXI editores, 1965.
 - Taibo, Carlos. *Anarquismo y revolución en Rusia 1917-1921*. Madrid: Editorial catarata, 2017. 2ª edición.
 - Trotsky, León. *Historia de la Revolución rusa*. Bogotá: Editorial Pluma, 1982. Tomo I.
 - Trotsky, León. *Lecciones de octubre. ¿Qué fue la Revolución rusa?* Buenos Aires: Biblioteca proletaria, 1971. 2ª edición.

¿Por qué el inconsciente colectivo jungiano no es en sí mismo algo propiamente colectivo?

Leonardo Francisco Sierra⁷⁰

Introducción

Según Carl Gustav Jung, los arquetipos son símbolos con autonomía significativa, contenidos por una instancia psíquica e inalterable del inconsciente. Estos contenidos anímicos existen en la mente de todo individuo, sin la influencia de su experiencia consciente y circunstancial del mundo; por lo tanto, son universales. Su especulada inmanencia les confiere una propiedad psicoidal. A esto es a lo que Jung llama el *inconsciente colectivo*. No obstante, se cree que, para el campo de la sociología, lo *colectivo* no es necesariamente sinónimo de lo *universal*, como lo afirma Jung en su modelo psicológico.

Por lo general, las diversas acepciones del término *colectivo* tienden a usarse para describir los productos socializados, que fundamentan y regulan la vida de una comunidad, y no tanto para referirse a los contenidos, o significados universales, que puedan permanecer tácitos en las regiones más profundas del inconsciente. Por su parte, los significados autónomos de los símbolos arquetípicos enunciados por Jung, admitidos como correlatos de aquellas adquisiciones fundamentales de la humanidad, no ofrecen una explicación de los procesos sociológicos que permitieron su empoderamiento colectivo.

Por lo tanto, se propone la crítica del uso del término *colectivo*, como epíteto de los arquetipos universales jungianos. La idea general consiste en establecer cómo se podría comprender sociológicamente la trascendencia universal de los significados arquetípicos hacia los fundamentos colectivos de la sociedad y sus formas prácticas, sin depender del *axioma* metafísico de la inmanencia. Finalmente, se espera establecer por qué lo universal no debería de ser admitido

70 Filósofo e investigador egresado de la Universidad Libre.

como sinónimo de lo colectivo para la comprensión de los procesos sociológicos universales de la humanidad. Con ello se busca comprender qué es lo propiamente colectivo del *inconsciente arquetípico jungiano*, descubriendo el velo ideológico que oculta su sinergia causal, con las adquisiciones y expresiones fundamentales de la cultura humana y las demás instancias del motor anímico expuestas por Freud.

Este trabajo tiene como propósito principal argumentar por qué los contenidos universales del inconsciente arquetípico jungiano no deberían comprenderse en sí mismos como algo propiamente colectivo. Antes de continuar, conviene construir un breve glosario de los términos que rodean la concepción jungiana del inconsciente colectivo y de otros conceptos relacionados.

Un estrato, en cierta medida superficial de lo inconsciente, es, sin duda, personal. Se denomina *inconsciente personal*. Pero ese estrato descansa sobre otro más profundo que no se origina en la experiencia y la adquisición personal, sino que es innato: el *inconsciente colectivo*. He elegido la expresión *colectivo* porque este inconsciente no es de naturaleza individual, sino universal, es decir, en contraste con la psique individual, tiene contenidos y modos de comportamiento que son, *cum grano salis*, los mismos en todas partes y en todos los individuos (Jung, 1970, p. 10).

Con esto Jung postula la existencia de un sustrato significativo de imágenes inconscientes, común a todos los seres humanos de todos los tiempos y lugares del mundo, y construido por símbolos primitivos, con los que expresa un contenido de la psique y de la cultura que está más allá de la razón. Esta independencia autonómica que exhibe lo arquetípico, en relación con la experiencia y con el inconsciente particular del individuo, es la *propiedad psicoide* del inconsciente colectivo jungiano.

Por su parte, estos símbolos, imágenes religiosas, o *contenidos* significativos del inconsciente colectivo, son los llamados *arquetipos*. Según Jung, estos arquetipos, también conocidos como imágenes primordiales o mitológicas, no son representaciones heredadas, sino, más bien, modelos autónomos e inmanentes, con significado propio. Sin embargo, sospechamos que no fue esa supuesta inmanencia de lo arquetípico en la psiquis del individuo la que instigó el reconocimiento colectivo de sus significados ni el afloramiento de la cultura. La socialización y la mitificación de este cúmulo de experiencias conscientes del mundo fueron las que fijaron en la memoria de los pueblos la importancia fundamental de los significados arquetípicos para la vida en comunidad.

Dentro de la lista *apórica* de arquetipos proporcionada por Jung, existe uno que reclama nuestra atención: el arquetipo de *la gran madre* o *anima*. El significado pleno de este concepto es el de la creación que alterna con la destrucción, potencias simbióticas del sacro femenino. Tal como las describe Jung, se ven

representadas en los mitos prepolíticos. Un ejemplo es Rea, la madre amorosa y a la vez terrible de Zeus. Paradójicamente, el imago de los patriarcas griegos que instituyeron la *polis* ve en sus hermanas a sus hijas y a sus amadas, extensiones nocivas de esta gran madre y su mundo caótico.

Finalmente, el *imaginario colectivo*, que no es una taxonomía jungiana, como tampoco lo es el concepto griego de arquetipo, se refiere a los diversos cuerpos culturales de representaciones mitológicas que intentan resemantizar los significados arquetípicos por medio de la simbología mitológica.

Nuestra línea argumentativa parte de la teoría de que aquellos sustratos universales del inconsciente jungiano no cuentan con la autonomía necesaria para trascender de lo inmanente universal al plano cultural; pues allí es donde se empoderan colectivamente sus significados arquetípicos, como fundamentos normativos de la colectividad.

Inicialmente, nos percatamos de que existe una *coincidencia* semántica entre los significados arquetípicos y los símbolos universales de los diversos relatos mitológicos que exponen una teogonía del mundo. De aquello se infiere una posible relación, más que coincidental, entre los significados universales de los arquetipos jungianos y los procesos colectivos que rodearon la adquisición de los fundamentos arquetípicos, o modelos para la vida en sociedad.

No obstante, ni la historia ni el psicoanálisis dan razón objetiva de la naturaleza de estos procesos; perplejos ante la trascendencia indiscutible de sus productos, sólo los reconocen como posibles realidades factuales de la humanidad más remota, que sería la prehistórica. Teniendo en cuenta este vacío filosófico, nos propusimos investigar en otras disciplinas de las ciencias humanas con el propósito de elucidar cuál fue el hito sociológico que le permitió al individuo de la especie comprender los beneficios de la vida en sociedad, y asumir consecuentemente una serie de modelos, o arquetipos, para regular la vida en comunidad. En otras palabras, es necesario un puente sociológico entre la supuesta autonomía significativa de los símbolos arquetípicos y su instrumentalización normativa para el éxito de la colectividad.

Muchos pensamos que los significados de los símbolos mitológicos podrían interpretarse como un cuerpo jerarquizado de moralejas asociadas a una serie de adquisiciones sociológicas fundamentales. La luz de este puente, o coyuntura misteriosa, que permitiría el primer tránsito de lo inmanente a su resignificación con propósitos colectivos, permanece entonces en la comprensión de este gran hito sociológico, en relación con los fenómenos anímicos que acompañaron su emergencia.

Preferiblemente, buscamos aquel que le permitió al individuo prehistórico reconocer, por primera vez, la utilidad colectiva de los significados arquetípicos. Los destellos de esta luz imperecedera son tenues porque provienen de una época

remota, que excede el fuero particular de la mayoría de las ciencias humanas, entre ellas, la historia, la sociología y la psicología.

Para tal fin, decidimos dilucidar nuestros argumentos, eligiendo un marco cultural con un corpus mitológico, en cuya raíz fuera posible rastrear algún símbolo coherente con la dimensión significativa de alguno de los principales arquetipos jungianos. Sin embargo, todo este esfuerzo sería vano sin el reconocimiento, o identificación previa, de aquel hito sociológico fundamental que pudiera obtener su correlato significativo en algún símbolo arquetípico ubicado en la raíz del relato mitológico.

Afortunadamente, nuestra investigación se encontró con aquel hito en *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, de Federico Engels. Según su obra, la primera asociación humana organizada normativamente en función de la colectividad fue la sociedad matriarcal primigenia. Su éxito se debió a su conformación en torno al concepto de la consanguinidad por linaje materno. Nos percatamos enseguida de que este gran hito fundamental de la humanidad asociada, el de la matriarca como núcleo de la primera comunidad autorregulada por el consenso, es coherente con el rango significativo del arquetipo jungiano de la *gran madre*.

La representación conjunta de una deidad femenina como creadora y ordenadora de todo lo existente es un aspecto universal significado por las mitologías fundacionales de las culturas más antiguas. Véanse aquí los casos de la *Pacha Mama* mesoamericana, la madre terrible Kali de la cultura hindú, o la Gea contrapatriarcal de la *Teogonía* griega (Hesíodo, 2013), que seguiremos implementando con propósitos ilustrativos. De hecho, este último aspecto fue el que captó nuestra atención dentro de la obra de Engels. Su exposición de la sociedad griega y su mitología cumple con el propósito de ilustrar la trascendencia cultural de sus observaciones antropológicas.

Con esto quedaron definidos el hito sociológico fundamental que buscábamos, y el marco cultural cuyo cuerpo mitológico resemantiza, en función de sus fines colectivos, los significados del arquetipo de la *gran madre*. Partiendo de esta estructura, que reclama un concurso interdisciplinario, se torna necesaria la teorización de una simbiosis entre las diversas potencias anímicas y los hitos sociológicos que sentaron las bases del concepto universal de humanidad.

Para este fin implementaremos un enfoque antropológico que permita conciliar las teorías psicológicas de Freud y Jung con el propósito de explicar la psicoidad de los arquetipos humanos desde una perspectiva sociológica. Con ello esperamos establecer por qué el universo significativo del inconsciente jungiano no podría ser en sí mismo ni sinónimo ni fuste de lo propiamente colectivo. Aunque sus significados aparezcan en todas las culturas, este aspecto no se puede concebir filosóficamente como una tendencia universal inspirada por la inmanencia.

El enfoque antropológico: El trabajo de Engels y la identificación del valor arquetípico que posibilitó la asociación humana

Diversas fuentes coinciden en afirmar que los pelasgos debieron ser el pueblo más autóctono de Grecia. Al respecto, Indro Montanelli señala lo siguiente:

Gea, Urano, Cronos, los titanes, etc., formaban parte de la teogonía terrestre de la primera población autóctona: la pelasga. Zeus era, en cambio, un dios celeste que llegó a Grecia, como se diría ahora, 'en la punta de las bayonetas' aqueas y dorias (2014, capítulo III, "Hesíodo", p. 60).

Este punto de partida permite explicar ciertos motivos sociológicos del sincretismo patriarcal de Hesíodo y su teogonía mazculinizante del mundo.

Sin embargo, Friedrich Engels, en sus observaciones sobre *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, sostiene que la posibilidad cultural de la asociación humana no se originó con la aparición del patriarcado, sino con la identificación colectiva del primer valor que posibilitó la vida en comunidad. Fue la *consanguinidad matriarcal* la que determinó el valor de origen de toda posibilidad asociativa posterior. Sus reglas de convivencia fueron instituidas universalmente con representaciones religiosas dentro del imaginario de todos los pueblos prehistóricos.

La configuración mitológica de estos significados proviene de los deberes recíprocos autoinstituidos por la *gens*, siendo la tribu matriarcal su estructura; la ley materna, su *nomoi*; y la matriarca, su núcleo. Por eso, en *El origen de la familia, la propiedad y el Estado*, Engels afirma que estos valores asociativos primordiales de la especie humana permearon el tránsito del animalismo a la humanidad, en tres estadios universales consecutivos: el salvajismo, la barbarie y la civilización.

Dicha caracterización le permite a Engels rastrear una *gens matrilineal en el pasado de todo pueblo conocido*. La consanguinidad asegura, por primera vez, una serie de deberes recíprocos entre las tribus, las fratrías y los individuos de la misma etnia. El derecho materno no debe observarse como una forma particular de dominio, sino como garante universal de las relaciones comunitarias, y como una precaución en contra de la tiranía del individuo más fuerte. Representa la primera forma rudimentaria del consenso democrático, que privilegia lo colectivo sobre lo particular, y que procede de la consanguinidad, primer valor asociativo y universal identificado.

La propuesta de un enfoque psicológico integral y su correspondencia interdisciplinaria con los hallazgos antropológicos

Algunos encasillan a la antropología en su objeto más básico, el estudio de los aspectos físicos o rasgos étnicos de una sociedad. No obstante, su campo no se limita a la descripción de las particularidades somáticas compartidas por los individuos de una comunidad. De hecho, a la antropología también le interesan las manifestaciones sociales y culturales de dichas asociaciones humanas; dado que todos estos son aspectos simbióticos de la humanidad.

Por su parte, las potencias anímicas y universales descritas por la psicología, sin duda, desempeñan un papel primordial dentro de los procesos sociales que originan todas las manifestaciones culturales, incluidas las representaciones simbólicas de los contenidos arquetípicos. Por tanto, no es descabellada la idea de que el concurso de la teoría psicológica pueda verificar sociológicamente la impronta colectiva de un hallazgo antropológico. La adquisición del concepto de consanguinidad, por parte de la sociedad matriarcal primigenia, es un valor aún vigente y fundamental para la cohesión social. Por ende, debería admitírsele como fundamento arquetípico de la humanidad, cuya trascendencia podría valorarse mejor sin los velos de la inmanencia religiosa.

La psicología es ineludible para comprendernos como origen y resultado de nuestros procesos sociales. La psicología, la antropología y la sociología buscan construir algún conocimiento de lo propiamente humano y, de esta manera, comparten un mismo objeto de estudio. Pese a ello, muchos piensan que el concepto de humanidad se puede abordar integralmente, y con pretensiones universales, desde los objetos de una sola de estas ciencias, o desde una perspectiva privilegiada por alguna una de ellas.

En principio, la filosofía se inclinó a descubrir lo que le atañe universalmente a la humanidad. Recordemos a Platón y su teoría de las ideas, que sugiere una inmanencia epistemológica del ser humano (*Menón, o de la virtud*), muy similar a la inmanencia universal de los significados arquetípicos propuesta por Jung. Por consiguiente, la idea popular de que las ciencias humanas deben mantener sus campos particulares de estudio desligados entre sí, mientras buscan la comprensión del mismo objeto, es nociva para la libertad del ejercicio filosófico. Siendo la *humanidad* un concepto tan extenso que cobija a todos los individuos de la especie, así como sus rasgos somáticos particulares, sus procesos anímicos universales y sus diversas manifestaciones colectivas, nos negamos a aceptar esta brecha dogmática como parámetro de todo estudio humanístico.

Es cierto que, dentro de su evolución, las comunidades humanas han sabido erigirse por medio de expresiones culturales tan diversas entre ellas, como los rasgos particulares de cada individuo o de cada etnia. Sin embargo, dicha heteronomía genética de la *humanidad* es aparente, pues nos abraza a todos los individuos desde mucho antes, según los hallazgos antropológicos. Al respecto,

no es del todo ilícito pensar, como los matemáticos, que todos los individuos asociados en un conjunto comparten al menos un mismo criterio asociativo. Por su parte, la comprensión de este criterio universal que conecta a todos los individuos de la especie humana no puede obtenerse por el mero estudio de nuestras particularidades ni en función de nuestras evidentes similitudes.

Es por ello que, a diferencia de las matemáticas, que pueden excluir del conjunto de los números pares a los impares, las ciencias humanas deben reconocer que todos los individuos pertenecemos irremediablemente a un gran grupo, que no es un grupo, sino un universo autocontenido. Somos y hemos sido tanto individuos como sujetos; en esencia homogéneos, como nos lo sugieren la mitología y la antropología, pero circunstancialmente heterogéneos, según lo consignado por la historia y la política.

Sin duda, la *humanidad* es un objeto de estudio interdisciplinario y, quizás por sus misteriosos condimentos arquetípicos, ningún sujeto de la especie pudo ser afirmado como tal, o despojado de manera perenne de su condición humana, partiendo del estudio fragmentario de las ciencias humanas ni de ningún decreto arbitrario producido por la política.

Más que un simple elemento, el concepto de *humanidad* implica al menos una base universal arcaica. Es un valor genético, aún vigente, que nos vincula directamente a todos los sujetos sociales, y que, en tiempos prehistóricos, posibilitó el paso del individuo salvaje y disgregado a la comunidad. Este es el valor de la consanguinidad matriarcal, pero, más allá de ser un *factum* antropológico, por ser un valor universal que condiciona la vida de todo individuo posterior al matriarcado, necesariamente debe conllevar una serie de significados anímicos con propiedad psicoide.

Hace un par de milenios, lapso equivalente a un parpadeo cósmico, la filosofía occidental nació en Grecia, y abrió una vía para la comprensión integral del hombre como centro y creador de su mundo. La filosofía resulta ser entonces esa gran amalgama fundamental de la que se desprenden todos los campos del conocimiento humano. Es natural que el ejercicio filosófico instigue la reformulación de incógnitas ancestrales humanas, y quizás demasiado humanas para los intereses particulares de las ciencias y sus motivaciones utilitaristas.

Reconciliación entre Jung y Freud

Sin duda, la idea popular de que la teoría psicoanalítica de Freud se desprende por completo del pensamiento arquetípico de Jung después de 1933 es resultado de heurismos académicos. Se nos ha hecho creer que las dos formas de concebir el desarrollo de la vida anímica son además fundamentalmente irreconciliables. No obstante, muchas de las teorías de Freud y de Jung relativas a la formación del inconsciente son compartidas. Por consiguiente, podrían ser compatibles, en tanto reconozcamos, como lo hace el padre del psicoanálisis, que estos sistemas

teóricos no son construcciones absolutamente concluidas, y que, en definitiva, tampoco podrían ser legítimamente dogmatizadas.

En términos de la curiosidad filosófica, científica, y hasta moral, la reconciliación propiamente argumentada de estos dos puntos de vista podría arrojarles una nueva luz a los destellos provenientes de nuestros hitos sociológicos más arcaicos. Lograríamos comprender, por ejemplo, que lo arquetípico demanda la implementación de todo aquello proscrito por la religión del dominio para mantener la verticalidad social de la que depende con un velo de dignidad.

La pugna que surge entre Freud y Jung, a partir de la publicación del *yo y el ello*, no debería entenderse como la negación tajante y freudiana de lo arquetípico como potencia central de la vida anímica. Ante esta disputa, y sus coloridos enfados interpersonales, resulta interesante recordar que ambos son los primeros en admitir la existencia de un estrato inconsciente de la psiquis, y que el inconsciente particular jungiano podría no ser otro que el inconsciente del individuo freudiano. De hecho, algunos académicos han llegado a concluir que los significados arquetípicos del *inconsciente colectivo* podrían corresponderse con la concepción freudiana del *ideal del yo*, o *superyó* (Carrera, 2017).

En realidad, lo que Jung le critica a Freud es su creencia en un inconsciente cuyos contenidos se encuentren totalmente definidos por la experiencia consciente del individuo. Ante ello, afirma que no todos los productos inconscientes provienen de la experiencia de este último y, por ende, llega a diferenciar dos instancias inconscientes: a la primera la denominó *inconsciente particular*, a la segunda, de forma provocadora, *inconsciente colectivo*. Tal vez Jung se exceda al separarlas y diferenciarlas.

Al respecto, es interesante recordar que Freud no le cierra la puerta a la influencia psíquica de lo ajeno a la experiencia individual:

Admitimos que la consciencia de la culpabilidad emanada de un acto determinado ha persistido a través de milenios enteros, conservando toda su eficacia en generaciones que nada podían saber ya de dicho acto (...). Sin la hipótesis de un *alma colectiva* y de una continuidad de la vida afectiva de los hombres que permita desprestigiar la interrupción de los actos psíquicos individuales resultantes de la desaparición de la existencia no podría existir la *psicología de los pueblos*. Si los procesos psíquicos de una generación no prosiguieran desarrollándose en la siguiente, cada una de ellas se vería obligada a comenzar desde un principio el aprendizaje de la vida, lo cual excluiría toda posibilidad de progreso en este terreno (Freud, Obras completas, CLIX, *Tótem y tabú*, p. 1588).

Con esto Freud facilita, aunque no explícitamente, la probable interacción de su motor anímico con significados inconscientes no manados de la experiencia

del individuo, y con la epistemología de los fundamentos sociológicos y culturales de la humanidad. Es claro que esto pone en peligro la supuesta independencia significativa del inconsciente colectivo jungiano. Ante esto, se debe reconocer que tal vez a Freud le interesaba más indagar acerca de la gramática universal que articula las instancias del espectro anímico que indagar sobre la trascendencia semántica de sus contenidos.

Por su parte, pensamos que la fe de Jung, en la inmanencia universal del símbolo arquetípico y sus significados, se apoya tan sólo en la especulación de una propiedad *psicoide* del inconsciente colectivo, que afecta *universalmente* los contenidos del inconsciente particular y sus expresiones conscientes. Esto es lo que la concepción religiosa del mundo reconoce y representa como la *inmanencia incorruptible de lo divino* dentro de las potencias psíquicas del individuo.

Jung afirma que los arquetipos y sus significados universales han existido desde siempre en esta "alma colectiva", reconocida metafóricamente por Freud, y que su clara coincidencia con los productos de la cultura debería admitirse como una tendencia de estos, causalmente desligada de los efectos producidos por tal cúmulo de experiencias. En su lectura psicoanalítica de la humanidad, el hombre es un animal sobre todo religioso y, dentro de su ejercicio terapéutico, sostiene que el *alma colectiva* es el núcleo arquetípico de la vida anímica individual y sus aflicciones.

No obstante, ni el *alma* ni su naturaleza anímica se han definido con argumentos incontrovertibles y, si el psicoanálisis es una disciplina científica con objetivos terapéuticos para el individuo, es más que posible que este concepto del arquetipo como *psicoide*, propuesto por Jung, pueda provenir de su misma perspectiva religiosa de la psiquis, o universo anímico, más que de su experiencia clínica como psicoterapeuta. Poco antes de morir, justificó sus intuiciones con una confesión sorprendente:

A diferencia de la mayoría de los hombres, mis *tabiques* son transparentes. Esta es mi peculiaridad. En los demás, frecuentemente son tan espesos que no ven nada tras ellos y, por eso, creen que allí no hay nada. *Yo percibo, en cierto modo*, los procesos del inconsciente y, por ello, tengo seguridad interna (Narbona, 2016, pp. 69-76).

Ante esta posible petición de verdad, revelada por el Jung agónico, juzgamos pertinente una reformulación menos perspectivista y religiosa de la naturaleza psicoidal de los significados arquetípicos.

En otras palabras, entendemos que, abrigados por una sinonimia arbitraria entre lo inmanente y lo psicoide, los significados del arquetipo jungiano, como los de la *gran madre*, habrían existido universalmente y desde siempre en la mente de todo individuo, como correlatos de la epistemología social, y previos a la aparición de la sociedad misma. Pese a ello, ya vimos cómo el reconocimiento

perenne y colectivo de los significados arquetípicos depende de las adquisiciones fundamentales de la humanidad para sus propósitos asociativos, siendo este el caso de la resignificación mitológica del valor de la consanguinidad matriarcal.

De acuerdo con lo anterior, pretendemos defender la evidente trascendentalidad anímica de los significados arquetípicos, al proponerle un origen cultural y previo a la experiencia particular del individuo posterior, lo cual se ajusta con los parámetros psicoidales del inconsciente colectivo jungiano.

Para tal efecto, en primer lugar, estudiaremos el concepto Freudiano del *principio de realidad*, su proyección en la construcción del *yo*, la naturaleza particular de las impresiones que provoca en los individuos, y las manifestaciones culturales que se originan bajo el efecto de su socialización. Entre ellas nos interesan las representaciones del arquetipo de la gran madre, por su ubicación fundamental en los diversos cuerpos mitológicos y por su relación con el primer hito sociológico de la humanidad: la identificación de la consanguinidad por parte de la sociedad matriarcal primigenia.

En segundo lugar, exploraremos el efecto detonante del principio de realidad freudiano, sobre los contenidos inmanentes del *inconsciente colectivo jungiano*. La identificación de la consanguinidad a título de valor colectivo trascendió universalmente hacia el plano sociológico por medio de su simbolización. Por consiguiente, la proyección trascendental de una valoración colectiva de la realidad demanda la representación de sus significados arquetípicos.

Nos proponemos explicar la naturaleza significativa y trascendental de las imágenes del inconsciente colectivo jungiano, apartándonos de su especulada inmanencia religiosa. Sentimos que dicha inmanencia es una petición de verdad que obvia la razón científica de los descubrimientos antropológicos, y que obstruye el reconocimiento filosófico de aquello que hace de las imágenes arquetípicas algo con potencial propiamente colectivo.

Con ello esperamos corroborar, dentro del ámbito de la psicología, los motivos antropológicos y sociológicos de la primera representación del arquetipo de la gran madre, defendiendo desde la cultura, y no desde la inmanencia, la propiedad psicoidal de su impronta universal.

El principio de realidad freudiano y su proyección en el diseño de un diagnóstico colectivo de la realidad

Es claro que ese algo que les confiere trascendencia colectiva a los símbolos del inconsciente colectivo jungiano es la experiencia humana acumulada, o *episteme* social del mundo, proyectada representativamente en beneficio de las generaciones venideras. Esto es a lo que se refiere Freud en *Tótem y tabú* cuando afirma: "Si los procesos psíquicos de una generación no continuaran

desarrollándose en la siguiente, cada una de ellas se vería obligada a comenzar desde un principio el aprendizaje de la vida, lo cual excluiría toda posibilidad de progreso en este terreno" (Obras completas, CLIX, *Tótem y tabú*, p. 1588).

Los significados universales del inconsciente, sobre los que Jung reafirma una incontrovertible independencia anímica, podrían ser también objetos prácticos del psicoanálisis freudiano. Las funciones psicológicas cognoscitivas se valen inicialmente de los sentidos para la captación particular de los objetos del mundo. Por el influjo del principio de realidad, estas impresiones particulares de la realidad configuran una visión individual del mundo, en términos de placer y displacer.

Posteriormente, bajo el efecto de la motilidad libidinal, todas estas percepciones del individuo freudiano se transforman en sensaciones, objeto necesario de un proceso de socialización. Con este se pacta la represión consciente de algunas pulsiones placenteras, en beneficio de la estabilidad colectiva. En el caso de la sociedad matriarcal primigenia, la identificación del nexo consanguíneo significó la adquisición del primer valor asociativo de la humanidad y, por tanto, la proscripción del salvajismo del individuo más fuerte, aunada a la prescripción normativa de sus acciones arbitrarias como vicios universales.

El *Diccionario de psicología de Laplanche y Pontalis* define el *principio de realidad* así:

Uno de los dos principios que, según Freud, rigen el funcionamiento mental. Forma un par con el principio del placer, al cual modifica: en la medida en que logra imponerse como principio regulador, la búsqueda de la satisfacción ya no se efectúa por los caminos más cortos, sino mediante rodeos, y aplaza su resultado, en función de las condiciones impuestas por el mundo exterior (2004, p. 299).

A juicio de Freud, la percepción continua de la realidad y sus cambios son el fuero del principio de realidad, una de las potencias anímicas universales que Jung restringe en lo que llama el *inconsciente particular de Freud*.

No obstante, los productos del principio de realidad no permanecen inertes dentro de la psiquis particular del individuo. Por medio de la comunicación, parámetro aristotélico de la humanidad (véase *Política*), el principio de realidad muestra la capacidad de propiciar la configuración de un diagnóstico colectivo de la realidad, y el de unos principios unificados para enfrentarla, en armonía con los demás sujetos asociados. Entonces, los productos socializados de dicho principio de realidad son la base del establecimiento cultural, soportan su evolución, e incitan a la prescripción mitológica de los significados arquetípicos, de acuerdo con las circunstancias sociológicas que detonan el reconocimiento de su utilidad colectiva.

Habíamos anunciado que la antropología consideró la consanguinidad como el valor genético de toda posibilidad asociativa de la humanidad, y que podría

ser la madre rudimentaria de las formas del consenso democrático. Recordemos que la tiranía del individuo más fuerte, que caracterizó el *modus vivendi* de los periodos inferiores y medios del salvajismo, se centra en la satisfacción inmediata e irrestricta de su carga libidinal. La complacencia irrestricta de estas pulsiones que producen placer, como el homicidio arbitrario, el canibalismo, el incesto y el deseo sexual promiscuo, se sostuvo con el displacer continuo de una mayoría disgregada y sometida.

Con la identificación del vínculo consanguíneo por parte de la sociedad matriarcal, esta gran masa de homínidos esparcidos durante milenios, y en constante miedo o displacer, se encontró con el primer argumento colectivo para emanciparse de la tiranía instintiva del más fuerte. Sin duda, comprendieron que el malestar en la cultura era preferible al estado permanente de pánico existencial.

Engels afirma que con ello emerge triunfante la sociedad matriarcal primigenia. El propósito fundamental de estas comunidades y sus formas protodemocráticas fue la consecución de un bienestar concertado y sostenible para la totalidad de sus individuos. Los autores de la ley matriarcal se comprometieron a luchar, al unísono, en contra de todo individuo que buscara su bienestar personal por medio de la fuerza, y a costa del displacer de los demás.

Podría decirse que fue la primera victoria de lo colectivo sobre la pulsión individual; sin embargo, las pulsiones perversas del individuo más fuerte también afectan al individuo más débil. La fuerza le concedía al primero la liberación libidinal irrestricta, mientras que el segundo se veía obligado a convivir con el displacer, producto de la represión consciente de dichos placeres prohibidos.

La ley consanguínea satisface, por primera vez, las necesidades colectivas y universales de seguridad y pertenencia. Quizás también la tranquilidad es un aspecto placentero que no tiene en cuenta lo visceral; pues, cuando nos protege de los instintos animalísticos particulares, nos libera para aplicarnos a la concreción de los placeres más altos, los del intelecto, y así, al perfeccionamiento del concepto de humanidad.

Con las definiciones del principio de realidad anteriormente observadas comprendemos que este principio freudiano regula y diferencia la satisfacción de los impulsos del placer influido por unas condiciones impuestas desde el mundo exterior. No quedan claros los motivos sociológicos de tal imposición, y sólo se entiende que provienen del mundo exterior para todos los casos. Por ello, deberíamos profundizar más en la forma como Freud explica los procedimientos anímicos particulares que actúan en la configuración de un principio de realidad individual, y su relación causal con los resultantes parámetros asociativos de una colectividad específica.

Lo primero que Freud expresa al respecto en *El malestar en la cultura* es que no se puede hablar de la constitución del principio de realidad sin abordar antes los

procesos constitutivos del *yo*; a diferencia de quienes afirman que el *yo* Freudiano se debe tan sólo a lo impuesto desde el exterior, lo que sería como identificar al *yo* exclusivamente con la masa sensorial. En este sentido, Freud afirma lo siguiente:

En condiciones normales nada nos parece tan seguro y establecido como la sensación de nuestra mismidad, de nuestro propio *yo*. Este *yo* se nos presenta como algo independiente unitario, bien demarcado frente a todo lo demás. Sólo la investigación psicoanalítica, que, por otra parte, aún tiene mucho que decirnos sobre la relación entre el *yo* y el *ello*, nos ha enseñado que esa apariencia es engañosa; por el contrario, el *yo* se continúa hacia dentro, sin límites precisos, con una entidad psíquica inconsciente que denominamos *ello*, y a la cual viene a servir como de fachada. Pero, por lo menos hacia el exterior, el *yo* parece mantener sus límites claros y precisos (*Obras completas*. CLIX. *El malestar en la cultura*. p. 2822).

Luego, el autor no solo descarta la posibilidad de que el *yo* repose exclusivamente en lo externo; pues aduce que también está en contacto con las potencias anímicas internas, entretanto “se continua hacia adentro sin límites precisos”. El *yo* freudiano es un mediador y diferenciador de lo externo con lo propiamente interno y, siendo un constructo del sujeto mismo, el *yo* no podría ejercer su mediación con el mundo desde afuera del sujeto que lo construye, a menos que se le conciba, contradictoriamente, como un *no yo*, o un *deus ex machina* religioso.

Freud explica que el proceso de la construcción del *yo* registra al comienzo el tránsito del *yo infantil* al *yo adulto*. A diferencia del *yo infantil*, el *yo adulto* es, sin duda, un sujeto conscientemente social:

Con ello comienza por oponérsele al *yo* un «objeto», en forma de algo que se encuentra «afuera» y para cuya aparición ese requiere una acción particular. Un segundo estímulo para que el *yo* se desprenda de la masa sensorial, esto es, para la aceptación de un «afuera», de un mundo exterior, lo dan las frecuentes, múltiples e inevitables sensaciones de dolor y displacer que el aún omnipotente principio del placer induce a abolir y a evitar (*Obras completas*. CLIX. *El malestar en la cultura*. p. 2823).

Finalmente, observamos que Freud deja entreabierta la puerta de su cuerpo doctrinario para sugerir que este proceso podría interpretarse como un aprendizaje o, más bien, como una epistemología potencial del individuo hacia la sociedad. Todo esto ocurre cuando el individuo entrona conscientemente un diagnóstico colectivo de la realidad, que permite la abolición del individuo egolátrico a su autorreconocimiento como sujeto social. Contrastando los hallazgos antropológicos con lo obtenido hasta ahora por el enfoque psicológico, notamos sinergia, más que coincidencia, entre los significados arquetípicos, la psiquis particular y la trascendencia de los hitos sociológicos fundamentales.

Según lo argumentado, el principio de realidad no es del todo una facultad circunscrita al fuero anímico del individuo, o inconsciente particular jungiano. Por consiguiente, a causa del influjo particular del principio de realidad, las impresiones arquetípicas del individuo se proyectan por encima de todos los diagnósticos unilaterales de la realidad; dicho de otra manera, el efecto universal del principio de realidad nos inclina hacia la valoración de sus impresiones, en función de los intereses de la colectividad a la que pertenecemos.

Entonces, esta interpretación particular y circunstancial del mundo y su *statu quo* es fuste de la asociación humana. La primera configuración colectiva del principio de realidad observa un motivo sociológico y los eventos sociológicos primordiales comportan a su vez coordinadas antropológicas precisas, en las que los significados anímicos psicoidales asumen valor colectivo. Es lo que Freud insinúa, entre líneas, como la inmanencia de la culpa arcaica en la psicología de los pueblos.

Partiendo del cuerpo doctrinario freudiano, Marcuse plantea la relación del principio de realidad con la institución consciente y colectiva de unos principios de vida comunitaria, o arquetipos, en su obra *Eros y civilización*. Otaviani lo expresa con mayor claridad:

Marcuse toma, pues, tal como se ha dicho, las iniciativas de Freud, quien ha descrito la mutación del sistema valórico que subtiende el logro de las metas que el hombre se fija previamente como '*la transformación del principio del placer en principio de realidad*, y que descubrió '*el desarrollo de la represión en la estructura pulsional del individuo*', puesto que '*el destino de la libertad y de la felicidad del hombre se decide mediante la lucha de las pulsiones: literalmente, una lucha por la vida o la muerte, en la cual participan soma y psiquis, naturaleza y civilización*' (*Eros y civilización de Herbert Marcuse, una presentación de Gabriele Ottaviani*).

Recapitulando un poco, la memoria epistemológica de los fundamentos asociativos parte de la socialización de las impresiones particulares del mundo, y observa la capacidad de proyectarse, psicoidalmente, por medio de la cultura y su dimensión representativa. Estas potencias universales, contenidas en principio por el individuo, contribuyen en la construcción de un diagnóstico colectivo de la realidad.

Por la naturaleza comunicativa de la especie humana, a la acción individual del principio de realidad se le debe reconocer un papel social del que manan, consecuentemente, la cultura, sus principios para la acción colectiva, y los diversos cuerpos imaginarios, o teogonías fundacionales que los celebran para la posteridad.

Sobre lo que hace del *inconsciente universal jungiano* algo verdaderamente colectivo

Según los aportes de Jung, los significados de estos cuerpos representativos "coinciden" necesariamente con un *modelo arquetípico* de símbolos y significados inmanentes, a los que denomina *contenidos universales del inconsciente colectivo*. Es allí donde detectamos la universalidad significativa del valor fundamental de la consanguinidad, que permite la primera construcción racional de los principios asociativos del sujeto protocultural, quien se ve llamado a instituir representativamente la superación sociológica del animalismo primigenio.

Tal vez Jung evade el correlato antropológico de sus hallazgos, porque intuye en este la posibilidad de una relación causal entre los eventos sociológicos y el reconocimiento universal de los significados arquetípicos que invaden su *inconsciente colectivo*. Sentimos que el autor esquivo los interrogantes que surgen a partir de este dilema filosófico, argumentando que la inmanencia de su universo arquetípico es la verdadera fuente de su potencia psicoidal (Jung, 1970).

Comprendida así, aquella inmanencia sería la que condiciona la posibilidad del reconocimiento universal de sus significados, y la universalidad palpada de las adquisiciones fundamentales de la humanidad, como lo fue la identificación de la consanguinidad. Es decir, los arquetipos no necesitarían de la experiencia colectiva ni de sus procesos sociológicos para asumir una función colectiva ni para justificar su trascendencia hacia los valores universales de la humanidad.

Partiendo de estas salvedades conceptuales, vamos a intentar redefinir y, a la vez, defender la propiedad psicoide de las imágenes arquetípicas en función de la facultad psíquica que permite su eventual reconocimiento y representación: la construcción consciente y colectiva de un diagnóstico de la realidad, desde la socialización de las impresiones particulares del mundo, producto del principio de realidad.

De nuevo, se advierte que no deseamos desvirtuar los evidentes efectos psicoides de los símbolos arquetípicos ni su centralidad dentro de las dinámicas del motor anímico; previamente constatamos que esta tampoco fue la intención de Freud. Lo que nosotros planteamos es que, aunque estas imágenes arquetípicas puedan existir en clave jungiana, como *precedentes* significativos e inmanentes, desligados de nuestra experiencia individual del mundo, fue por medio de una experiencia arcaica y socializada de la realidad que nuestros ancestros más remotos identificaron los parámetros básicos y universales para la construcción de la cultura, y el modelo rudimentario del consenso.

Afortunadamente, para Jung y su instrumentalización psicorreligiosa del *factum* antropológico matriarcal, los significados mitológicos de estas adquisiciones humanas fundamentales habrían de coincidir, sin mayor explicación, con los significados del arquetipo de la *gran madre*.

El concepto de *gran madre* proviene de la historia de la religión y abarca las más distintas configuraciones del tipo de una diosa madre. En principio, no interesa a la psicología, pues la imagen de una *gran madre* en esa forma raramente y en condiciones muy especiales aparece en la experiencia práctica; por supuesto, ese símbolo es un derivado del *arquetipo de la madre*. Por eso, si queremos intentar una investigación del fondo de la imagen de la *gran madre*, debemos tomar necesariamente como base de nuestro examen el *arquetipo de la madre*, que es mucho más general (Jung, 1970, p.69).

Sin embargo, la identificación prehistórica de la consanguinidad matriarcal como primer valor asociativo floreció por la experiencia práctica de la sociedad matriarcal; un *factum* universal reafirmado por la antropología, del que proviene la humanidad misma. Siendo así, esta adquisición no fue un evento aislado, pues produjo un efecto psicoide y trascendental desligado de nuestra experiencia individual.

Obviamente “sentimos” que el homicidio arbitrario, la violencia sexual, el incesto y el canibalismo son tendencias contraproducentes y aberrantes; aunque nunca hayamos asesinado a nuestros vecinos ni probado su carne para comprenderlo. Tal vez en los tiempos previos al matriarcado, el principio de placer era sinónimo del principio de acción, pero la sociedad matriarcal fue la que frenó la tiranía instintiva de los individuos más fuertes, y la cultura prepolítica consignó este triunfo en los mitos que estudiamos, siendo este el caso de Rea y la teogonía terrestre de los pelagosos.

A Jung le discutiríamos que tal vez no llegó a precisar en qué consiste la propiedad colectiva que le atribuye a su inconsciente arquetípico ni a diferenciarla de lo que se entiende como algo meramente universal:

He elegido la expresión “colectivo” porque este inconsciente no es de naturaleza individual, sino universal, es decir, en contraste con la psique individual tiene contenidos y modos de comportamiento que son, *cum grano salis*, los mismos en todas partes y en todos los individuos (Jung, 1970, p.10).

Teniendo en cuenta nuevamente esta cita, nos queda la sensación de que el autor se toma una libertad semántica al equipar lo universal con lo colectivo.

Todas las instancias anímicas propias del ser humano, como podría describirse el sitio inconsciente de los significados arquetípicos, son, sin duda, constituyentes universales de la psiquis humana; pero lo universal no es sinónimo de lo propiamente colectivo, como lo afirma Jung en la cita previa. De llegar a aceptarse, sin reparos, la especulada existencia inmanente de los significados arquetípicos, definitivamente esta sería algo universal, o propio de todo individuo perteneciente a la especie humana.

Pese a ello, una facultad innata no es, en sí misma, una producción colectiva, sin que la colectividad reconozca su carácter de útil. Por lo tanto, los significados del inconsciente colectivo de Jung no podrían admitirse, en sí mismos, como algo colectivo, por el simple hecho de representar un rasgo universal de la especie.

En otras palabras, y llevando este discurso hacia lo genérico, dentro del grupo de las propiedades innatas y universales de la condición humana podríamos agrupar al inconsciente colectivo de Jung con la facultad de razonar, y con la habilidad de caminar erguidos. La falange griega, por ejemplo, caminaba erguida como todos los demás seres humanos, pero en formación, y persiguiendo un objetivo establecido racionalmente por la colectividad.

Si nos atenemos a la definición del inconsciente colectivo de Jung, es claro que una facultad innata del ser humano sería universal. Sin embargo, notamos que lo innato no es *per se* algo propiamente colectivo o mástil de la colectividad. Comprenderemos entonces que, en sí mismos, y sin el influjo de la psiquis individual freudiana, los contenidos arquetípicos no podrían trascender hacia la consciencia del individuo ni del fuero anímico individual a la fundamentación sociológica de la colectividad.

En otras palabras, siendo la instancia consciente de la psiquis particular freudiana una especie de aduana, que filtra todos los contenidos inconscientes y los pone a disposición de la consciencia individual, sería lícito afirmar que toda instancia universal del inconsciente, como lo es aquella que contiene los significados arquetípicos, depende de la instancia consciente para transitar de lo inmanente a la fundamentación de un modelo sociológico, o arquetipo colectivo. Luego, los significados arquetípicos no parecen exhibir la autonomía anímica necesaria para concretar, por sí mismos, su paso de lo universal a lo propiamente colectivo.

Conclusiones

Tal como ocurre con la facultad universal de pensar, o con la facultad de caminar erguidos, los supuestos contenidos arquetípicos, en sí mismos, no ofrecen una explicación satisfactoria de la coyuntura genética que nos hace a todos partícipes de la *humanidad*. De hecho, este último concepto adquiere sentido colectivo en los escenarios de la experiencia comunitaria, no antes. Luego, existe una diferencia importante entre la propiedad psicoide y universal especulada en los arquetipos jungianos y el valor colectivo que asumen desde el momento cultural que reclama la institución simbólica de sus significados.

La identificación primigenia del concepto arquetípico de la consanguinidad por parte de la sociedad matriarcal significa en sí misma un valor arquetípico o modelo universal para la cultura. Gracias a la consecución de este primer gran hito sociológico de la humanidad, los contenidos universales del inconsciente arquetípico dan el primer paso decisivo de lo meramente universal hacia lo

propriadamente colectivo, y fundamentan la posibilidad asociativa de la especie. Estos pilares de la humanidad se encuentran interiorizados en nuestra psiquis, como sujetos culturales posteriores, sin que los hayamos derivado de nuestra propia experiencia individual.

Aunque la propiedad psicoidal del inconsciente colectivo exista o no, tal como Jung la postula, el significado autónomo de sus "protovalores colectivos" se vería sujeto a transitar de lo meramente universal a lo colectivo, por mediación de la consciencia, que posibilita la valoración comunitaria del significado arquetípico. La estética representativa, que refuerza a ultranza la utilidad sociológica de los significados arquetípicos, produce relatos elevados del universo; los primeros reconocidos fueron los mitos teogónicos.

Si se revisa lo que hemos expuesto de la teoría freudiana, se notará que, además de concederle una posible proyección epistemológica al diagnóstico colectivo del principio de realidad, o psicología de los pueblos, lo que Freud reprueba en la construcción del inconsciente jungiano es la aparente autonomía *psicoide* que aquel le confiere, al desligarlo de las circunstancias fácticas que rodean su apropiación cultural. Estas inconsistencias en torno a lo religioso son las que el padre del psicoanálisis no admite como parámetros genéticos de la cultura, y que tampoco obtienen su aval para el oficio psicoterapéutico.

Hemos intentado ofrecer dicha explicación genética, exponiendo una simbiosis entre las adquisiciones primordiales de la sociedad humana, descritas por la antropología, y los consecuentes procesos anímicos que hacen del individuo freudiano un sujeto con valores colectivos. Ante ello, vislumbramos que, en su *Teoría del psicoanálisis*, Jung también deja una puerta entreabierta para teorizar que los significados innatos de las imágenes arquetípicas no asumen valor colectivo ni fuero psicoidal antes de la circunstancia sociológica que contribuye a su reconocimiento colectivo. En este texto, afirma que el hombre no nace como una *tabula rasa*; lo describe como una continuidad entre generaciones y advierte que, de cierta forma, somos parte de una gran alma única, de un hombre único e inmenso.

La potencia del "alma" que fija la continuación cultural de las adquisiciones sociológicas fundamentales es la consciencia, no la inmanencia inerte del inconsciente colectivo. A diferencia de las visiones oníricas, que tienden hacia la satisfacción irrestricta y subjetiva del principio de placer de un individuo, las representaciones conscientes de los significados arquetípicos han observado siempre un propósito sociológico y objetivo, siendo la experiencia colectiva su motor psicoidal.

De ser inmanentes los contenidos del inconsciente colectivo de Jung, estos siempre han tendido, a lo sumo, hacia la posibilidad de su valoración colectiva. Es allí en donde la inercia de lo innato universal se transforma en un vector dinámico de lo verdaderamente colectivo.

Para el ámbito sociológico, el universo de contenidos inmanentes descrito por Jung no puede ser por sí mismo sinónimo de lo colectivo y, de hecho, la institución cultural de lo colectivo depende de la resignificación comunitaria de esas impresiones anímicas. El paso de lo universal inmanente hacia lo propiamente colectivo no puede obtenerse invirtiendo el proceso. Entonces, entre la inmanencia universal y el reconocimiento de sus significados colectivos por parte de la sociedad, existe una causalidad sociológica, no una coincidencia espiritual.

Puede que todas las facultades inmanentes de la especie humana sean universales; pero lo universal no se puede autoafirmar como algo colectivo desligado del consenso comunitario. Por ende, lo inmanente universal, aunque posea un significado colectivo, no debería admitirse ni en potencia ni desprendido de la causalidad sociológica, como fuste de las adquisiciones primordiales de la humanidad. Los significados arquetípicos afirmados por Jung son moralejas sin historia; no dan razón de los procesos humanos que propiciaron su reconocimiento colectivo. Aquellos reclamaron la instrumentalización consciente y socializada de los significados arquetípicos, de acuerdo con eventos sociológicos precisos evidenciados en parte por la antropología.

Estas adquisiciones fundamentales de la humanidad apuntaron hacia una meta práctica y objetiva. Por lo tanto, lo propiamente colectivo del inconsciente arquetípico jungiano, esto es, la trascendentalidad universal de sus significados, no puede prescindir de los decretos de la colectividad ni justificar por completo su impronta psicoidal desde el argumento de la inmanencia. Tal vez una denominación sociológica más acertada del inconsciente jungiano podría ser la de "inconsciente arquetípico universal" o la de "inconsciente protolectivo".

Referencias bibliográficas

- Aristóteles. (2015). *Política*. Madrid: Alianza Editorial.
- Boot, Teodoro. (2008). *Diccionario de mitología grecorromana*. La Plata (Argentina): Terramar Ediciones.
- Carrera, Margarita. "Ideal del yo" y "el inconsciente colectivo". <https://www.prensalibre.com>. 15 de junio de 2017.
- Engels, Friedrich. (1968). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Moscú: Editorial Progreso.
- Freud, Sigmund. *Obras completas*. CLIX. <http://psikolibro.blogspot.com>.
- Garybay K., Ángel María. (2013). *Mitología griega, dioses y héroes*. México: Editorial Porrúa.
- Hesíodo. (2013). *Teogonía*. Barcelona: Ediciones Brontes, S. L.
- Jung, C. G. (1970). *Teoría del psicoanálisis*. Madrid: Plaza y Janes.
- Jung, C. G. (1970). *Arquetipos e inconsciente colectivo*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- La Planche, Jean y Pontalis, Jean Bertrand. (2004). *Diccionario de psicoanálisis*.

Buenos Aires: Paidós.

- Montanelli, Indro. (2014). *Historia de los griegos*. España: Debolsillo Editorial.
- Narbona, Rafael. *Mente Sana*, n. ° 124, año 2016. <http://www.mentesana.es/>
- Otavianni, Gabrielle. *Eros y civilización de Herbert Marcuse, una presentación de Gabriele Ottaviani*. Escuela de Psicología Grupal y Análisis Institucional Enrique Pichón- Riviere. <https://psicologiagrupal.com/>
- Von Franz, Marie Louise. *Más allá de la ciencia, mitos y arquetipos, psicología analítica, razón y fe*. <https://www.odiseajung.com/psicologia-analitica/glosario/lo-psicoide/>

Pensando la democracia griega con Castoriadis y Loraux

Eduardo Geovo Almanza⁷¹

Introducción

Desde el punto de vista histórico, se puede señalar que la democracia griega, especialmente la ateniense, ha sido objeto de diversas lecturas. Tal vez dicha fascinación ha obedecido al interés por comprender las significaciones sociales, jurídicas, políticas y filosóficas de la democracia, que transformó de manera radical las instituciones atenienses. Para la *polis* ateniense, dicho giro estriba en que, en adelante, ya no sería cuestión de intentar saber de quién se desciende, real o ficticiamente, sino que, desde el momento en que se nace ateniense, se tiene el derecho de participar del poder en la ciudad, de ser miembro de la asamblea del pueblo.

A esto se suma otra firme idea: en las comunidades políticas, el gobierno debería estar en manos de personas corrientes (ciudadanos adultos y libres), y no de expertos o personalidades extraordinarias. Lo anterior bajo el supuesto de que la política no se basa en la *episteme*, sino en la *doxa*. Aristóteles tiene razón cuando sostiene que, en cuestiones ético-políticas, no se debe proceder con la misma manera de argumentar en la ciencia; puesto que no hay moral ni política que sea científica. Como proceso histórico y proyecto de autonomía, la democracia permitió a los ciudadanos de Atenas gobernarse a sí mismos durante siglos, en un régimen de democracia directa.

71 Realiza estudios de doctorado en la Universidad Nacional de Educación a Distancia -UNED-. Máster en Filosofía Teórica y Práctica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia -UNED-. Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia. Miembro del Grupo de Investigación en Filosofía y Teoría Jurídica Contemporánea de la Universidad Libre, inscrito en COLCIENCIAS. Profesor de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre, donde ha impartido cursos y seminarios sobre filosofía antigua y teoría política. Ha publicado varios artículos en revistas indexadas, relacionados con problemas de la filosofía antigua, como resultado de investigaciones. Publicó un artículo en el libro *En torno a Platón*, editado por la Universidad Libre. Sus principales áreas de investigación son la teoría política antigua, la filosofía helenística, la tragedia griega y la política, Derrida y la filosofía griega.

Finley señala un aspecto histórico del término que considero importante. Si bien el uso del vocablo «democracia» implicaba en Grecia, para unos autores, la aprobación de la sociedad o institución descrita y, para otros, denotaba condena, posteriormente, dicho vocablo desapareció del léxico acostumbrado hasta el siglo XVIII, en el que reapareció con sentido de menosprecio. Este autor menciona una carta personal escrita por Wordsworth en 1774, donde afirma: «Yo pertenezco a esa odiosa clase de hombres llamados demócratas»; lo que estaba afirmando era un desafío y no una jocosa sátira. Lo anterior con el fin de resaltar que no es evidente la razón por la que, en la contemporaneidad, tendríamos que encontrarnos con esa cuasiunanimitad acerca de las virtudes de la democracia, cuando, durante la mayor parte de la historia, ha ocurrido precisamente lo contrario (1980: 16-18).

Retomando lo que plantea Finley sobre la democracia griega, que se mueve entre aprobación/condena; resultaría bastante unilateral si solo la vemos de esta manera, porque, a lo anterior, habría que añadirle la historia de las ideas, que también es la historia de las instituciones, de la sociedad misma.

En esta conferencia se aborda una problemática específica de la democracia griega. Para ello, no me baso en textos antiguos, sino en lo planteado por Loraux y Castoriadis, dos especialistas contemporáneos de la cultura y la filosofía griega antigua. En cuanto a lo expositivo, la primera parte estará dedicada a presentar el problema formulado por Loraux, acerca de la ausencia de una justificación y fundamentación racional democrática de la democracia y, en la segunda parte, se analizará la respuesta de Castoriadis, quien sostiene que dicho fundamento no habría que buscarlo en las teorías dadas, sino en las instituciones y en la práctica de la democracia.

Aquí surge una pregunta: ¿la democracia, como imaginario social instituido, requiere para su fundamentación de una teoría? Frente a lo anterior, sostengo como tesis que considero acertada la lectura de Castoriadis, ya que, si bien no se dio ningún intento de sistematización teórica con miras a defender el régimen democrático, en la creación de la democracia como autonomía, autoinstitución y autolimitación encontramos unas instituciones y prácticas que posibilitaron que una colectividad pudiera explícitamente autogobernarse. Pues, así como un filósofo no acepta ningún límite externo a su pensamiento, del mismo modo la democracia no reconoce límites externos a su poder instituyente, sus únicos límites resultan de su autolimitación.

Loraux: ausencia de una fundamentación racional de la democracia

En el libro *La invención de Atenas*, específicamente en el capítulo IV titulado «Su nombre... es una democracia» (2012: 177-225), se encuentran los argumentos en los que se señala como problema central de la democracia ateniense lo siguiente: no existe o prevalece ningún texto que exponga en Atenas una teoría democrática de la democracia. Con esto no se alude a la cuestión de que la mayoría de los

intelectuales que reflexionaron sobre dicho régimen no participaron de ningún modo de manera directa en los asuntos de la ciudad, siendo calificados por Pericles de inútiles, sino que su indagación se orienta a determinar si podemos encontrar en los diversos registros de la época una manera democrática de hablar de la democracia.

En este sentido, el autor analiza los *epitaphios* o relatos de la oración fúnebre, en la medida en que son instrumentos invaluable que presentan un elogio ordenado del régimen que prevalece en su momento. Su conclusión es que estos sacan a la luz una inevitable contradicción: discursos en los que se había creído reconocer una práctica propia de la democracia presentan rasgos aristocráticos, ya sea a través de las representaciones que los tejen o del lenguaje empleado; problema que, en sus propias palabras, es «esencial», dado que esos relatos de la oración fúnebre se caracterizan por ser discursos que enaltecen rasgos aristocráticos y no democráticos (2012: 181).

Si bien es cierto que, en el marco de la evolución de las representaciones atenienses de la democracia, los problemas no son los mismos en los tiempos de Efialtes y en la época de Cleón, y menos aún en el siglo de Lisias y de Demóstenes, nos centraremos en dos maneras de representar la democracia que no son propiamente democráticas: la primera es el discurso pronunciado por Pericles, en el que asigna, como principio fundamental de la democracia, la *areté* (2012: 186).

Esto no significa que no encontremos rasgos democráticos; por el contrario, el texto evoca la libertad en su doble forma, tanto pública como privada, libertad que todos reconocen como la base misma del régimen, el respeto a las leyes, asimilado al temor racional y, posteriormente, nos recuerda la obediencia a los magistrados, así como la evocación de la apertura de la ciudad, caracterizada como plena publicidad, dada a las manifestaciones más importantes de la vida social. Después de afirmar que una misma persona puede ocuparse de sus asuntos y, a la vez, de los asuntos de la *polis*, Pericles termina por asimilar el rechazo de participar en la vida pública a una especie de parasitismo político, puesto que es un imperativo categórico que todos participen en los asuntos de la ciudad.

Pese a ello, en dicho discurso, encontramos que Pericles no expone de modo exhaustivo la constitución democrática. En primer lugar, no se refiere al gobierno del pueblo, sino que se refiere al gobierno para el pueblo, y el *demos* aparece allí como un beneficiario del régimen más que como pueblo soberano. En segundo lugar, no habla de dos instancias fundamentales de la democracia como el sistema del sorteo y la rotación de los cargos, sino que hace énfasis en los méritos, que designan, por lo común, a una fracción de la sociedad. Aquí la *areté* que privilegia no es la del linaje o la fortuna propia de los regímenes oligárquicos, sino la existencia de una jerarquía de prestigio dentro de la ciudad (2012: 194).

Platón resalta esta caracterización de Pericles, cuando critica la democracia a través del propio elogio de esta; en el diálogo *Menéxeno* transforma *areté* en

aristokratía con el fin de mostrar que el papel de la multitud se limita esencialmente a la aprobación. «Unos lo llaman gobierno del pueblo, otros le dan otro nombre, según les place, pero es, en realidad, un gobierno de selección con la aprobación de la mayoría. Porque reyes siempre tenemos; unas veces lo son por el linaje, otras veces por elección» (*Menéx*, 238d-e); en otras palabras, de forma intencional, reduce la democracia al poder que corresponde a la mayoría por la proclamación de los mejores como dirigentes.

El segundo análisis de Loraux se centra en el discurso del sofista Protágoras, quien defiende abiertamente la democracia ateniense. En el diálogo *Protágoras*, ante la afirmación de que enseña el «arte de la política», Sócrates se apresura a establecer su creencia de que tal cosa no es enseñable (319b). A continuación, desarrolla y fundamenta esta tesis con cierto detalle (319a-320c), tras lo cual responde Protágoras con el célebre mito seguido del discurso razonado.

En respuesta a las objeciones socráticas, Protágoras expone el mito de Prometeo, que hace de la democracia una constitución intemporal, cuyo origen es de índole mítica: un don dado por Zeus, la virtud política, como algo común a todos los ciudadanos, con la cual se alcanza propiamente la plenitud humana (*Prot.* 322c). En este sentido, cabe anotar que la tesis que constituye el fundamento teórico de la democracia ateniense consiste en que todo individuo participa de la virtud política, que no es otra cosa que la capacidad para la justicia.

Sería esta capacidad lo que Protágoras considera rasgo definitorio del *antrophos* y condición necesaria para el mantenimiento de la ciudad. Este sería el sentido de la ley establecida por Zeus de eliminar al incapaz de participar en la justicia y el pudor. Igualmente, tras el mito, el sofista estima que el no participar de la justicia implica dejar de ser hombre. Esta capacidad es el resultado de la historia del desarrollo humano; la necesidad ha empujado a los hombres, en primer lugar, a buscar «la forma de reunirse y salvarse construyendo ciudades» (322b) para hacer frente al acoso de las fieras y, en segundo lugar, a establecer unas normas para el entendimiento entre la colectividad. Incluso esta capacidad política la establecen los hombres inducidos por la necesidad y guiados por la experiencia; ya que los primeros intentos fracasan. Así pues, se puede suponer que estas nociones constituían la base de la teoría protagórica sobre la justicia y la política.

El problema que ve Loraux en la teoría protagórica no radica en que utiliza nociones aristocráticas para definir y caracterizar la democracia, sino en que relega su fundación a la época del mito; es decir, se basa en un mito para justificar la democracia, adquisición histórica y marco del discurso que debería extraer sus letras únicamente del presente, y no del pasado, y menos de un pasado bastante indeterminado.

Castoriadis: la democracia griega como autonomía, autolimitación y autoinstitución

Castoriadis, en la indagación acerca de las diferentes significaciones imaginarias sociales creadas y encarnadas en las instituciones, introduce una distinción capital entre sociedades heterónomas, en las que el *nómos*, esto es, la ley o institución es dada por otro; es decir, la creación de esta institución se imputa a una instancia extrasocial y a sociedades en las que comienza a emerger el proyecto de autonomía.

Ahora bien, para Castoriadis, hay dos casos en que se presenta una ruptura acerca de las significaciones dadas en las sociedades heterónomas. Estos dos casos son, por una parte, la Grecia antigua, que va del siglo VII al V, y, por otra parte, la Europa occidental a partir del Renacimiento, en las que se instaura la democracia y la filosofía (1998b: 159; 2006: 25). Lo importante para Castoriadis es que, en ambos casos, asistimos al reconocimiento incipiente de que la fuente de la ley es la sociedad misma, somos nosotros quienes establecemos nuestras propias leyes, por lo que se abre la posibilidad de discutir y cuestionar la institución existente de la sociedad. Esto significa que una sociedad es autónoma cuando no solo sabe que es ella la que hace las leyes, sino que, además, es capaz de ponerlas explícitamente en cuestión (1998a: 244).

Si bien es cierto que no podemos afirmar que hasta ahora haya habido una sociedad autónoma, en el sentido pleno del término, lo que sí se puede decir es que el proyecto de autonomía social e individual surge en la Grecia antigua, con la creación de la democracia, que no se toma como modelo, sino como autoinstitución de la colectividad por la colectividad, y autoinstitución en tanto movimiento. Como bien lo señala Castoriadis, «estamos ante una creación social histórica orientada de determinada manera, que empuja a una colectividad a realizar la igualdad, a interrogarse sobre el sentido de la ley o la justicia, sobre la legitimidad del uso de la fuerza, etc.» (2012: 230).

Lo importante no es tanto que se conciba como imperio de la ley, libertad de los ciudadanos o igualdad; lo esencial viene a ser el cuestionamiento de la ley heredada. Tenemos aquí el primer momento de una autonomía social, en el sentido de que la sociedad recusa su propia institución, y esa puesta en entredicho de su propia ley, así como la transformación de esta, se hacen de manera explícita, en función de una actividad política pública, en y por el *logos*, la discusión, el conflicto de opiniones, y no simplemente como violencia ciega (2012: 51-52).

En respuesta a la problemática planteada por Loraux, sobre la ausencia de una teoría democrática de la democracia, Castoriadis sostendrá que, para comprender el espíritu de la democracia, dicho fundamento se encuentra en el proyecto de autonomía social e individual y en la realidad de las instituciones. Estas últimas no surgen de la nada ni de una tradición heredada ni mediante la formulación teórica de un individuo, sino que emergen, producto del debate y la deliberación dada

en una colectividad específica, cuyo trasfondo es que desaparecen las limitaciones de los derechos políticos ligadas a la posición económica. Esta creación política se lleva a cabo en Grecia, paralela a la del ciudadano, y en relación con ella; significación imaginaria al mismo tiempo que noción político-jurídica (2012: 79).

Dado que la democracia ateniense, por ser la más conocida y documentada, creó unas instituciones particulares, a continuación, se señalarán, en primer lugar, algunos elementos que caracterizan el ejercicio de autonomía y autoinstitución democrática de la *polis* ateniense y, en segundo lugar, las formas creadas de autolimitación. Esto no significa que todas las instituciones sean creaciones nuevas, sino que se reconocen o rechazan luego del cuestionamiento de la colectividad.

Es necesario tener en cuenta que el poder de la colectividad ateniense se otorgaba a los ciudadanos varones adultos y libres, definidos, en principio, por la participación de todos, concretamente a través de las disposiciones constitucionales. La *ekklesia*, la asamblea del pueblo, era una de las instituciones más importantes, se encargaba de votar las leyes y en ella participan todos los ciudadanos. En la *ekklesia*, todos tenían la libertad de hablar y proponer esta o aquella decisión.

También encontramos la *boulé*, consejo formado por quinientos ciudadanos elegidos por sorteo, que tenía un papel de filtro con respecto a la asamblea, y que consistía en fijar el orden del día de esta y someter a un primer examen las propuestas de la ley emanadas de ella. Luego de la *ekklesia* y la *boulé* se hallaban los tribunales, cuyos miembros se elegían por sorteo, con un sistema muy elaborado, del que no tenemos aquí la oportunidad de profundizar; así mismo, encontramos unas cuantas magistraturas fijas.

Existían, igualmente, funciones que podríamos calificar de puestos de expertos, para los cuales se designaba a los magistrados, por medio de elecciones. El más importante es el de estratega, es decir, jefe de guerra; había diez y la elección estaba abierta a todos. En estos puestos electivos, los titulares, de hecho, eran revocables, porque la *ekklesia* podía destituir funcionarios, e incluso acusarlos y condenarlos en el ejercicio mismo de sus tareas.

No obstante, la participación de los ciudadanos en el poder no solo estaba asegurada por esas instituciones formales, y no se la veía como algo abstracto, sino que las instituciones formales e informales de la ciudad la promovían de manera activa, pero sin caer en la coerción. Lo hacían, ante todo, en pro de la igualdad del derecho a la palabra *-isegoría-*, considerada un atributo de la democracia y garantizada por la Ley; así como a través de la obligación de decir francamente lo que se piensa acerca de los asuntos públicos, hablar franco *-parrhesía-* que, obviamente, la Ley no garantiza, pero que se da por sentado en todos.

Existe otra institución ateniense bastante antigua, la de la *atimía*, el deshonor, la privación de los derechos cívicos. Solón, cuenta Aristóteles, decidió aplicarla

a aquellos que, cuando la ciudad estaba dividida por un conflicto, no tomaban partido: el oportunista que esperaba hasta ver de qué lado soplaban el viento hacía mal cálculo y corría el riesgo de perder sus derechos cívicos.

A ello se agregaron, a partir del siglo V, medidas concretas para compensar la desventaja de las clases más pobres en lo que respecta a la participación en la vida política: los salarios *dicástico* y, en el siglo IV, *eclésiástico*, cabe decir, una indemnización diaria percibida por los ciudadanos para participar en un tribunal o en la *ekklesia*. Hay que tener en cuenta que, durante ese tiempo, el campesino pobre abandonaba su campo y el artesano perdía el salario de la jornada.

En cuanto al sorteo de las magistraturas, sucede lo mismo con la función de *epistates ton prytáneon*, que podríamos traducir por «presidente de la República». Cada mes se sorteaban 30 miembros de una de las diez tribus, que serían los pritanos, y cada día se elegía por sorteo a uno de ellos para desempeñar su epistates, su jefatura. Durante 24 horas, este llevaba el sello de la ciudad y personificaba a la *polis*. Cualquier ateniense podía ser designado para ese cargo (2012: 99-102).

Si se considera el conjunto de las magistraturas, con la *boulé* y los jurados, se ha calculado que cada ciudadano de Atenas debía ejercer por sorteo al menos dos veces en la vida una función pública. Desde luego, el ejercicio de esas funciones públicas enriquecía tanto los conocimientos como las competencias para la participación en las discusiones de la *ekklesia* y, recíprocamente, porque esa participación constituía un aprendizaje para el ejercicio de las magistraturas. Esto significa que la *polis* y las instituciones tenían como función primordial la educación cívica o política.

Sintetizando lo anterior, se describen instituciones que permiten comprender mejor el funcionamiento de la democracia directa; entiendo por ello la ausencia de toda distinción/oposición entre pueblo y representantes, pueblo y expertos, pueblo y Estado. La democracia griega no es representativa; es decir, la idea de que el poder soberano no puede ser jamás ejercido por este, como tal, y debe pasar por la medición de sus representantes, es desconocida por completo. A lo anterior se suma que la democracia griega no se basa en el principio electivo, y el sorteo o la rotación de los cargos se consideran como las instituciones democráticas por excelencia.

Así pues, no hay representantes en la democracia antigua. Existen, claro está, jefes, individuos eminentes. Esto no conlleva ningún riesgo para la democracia, porque la cuestión no radica en la existencia de líderes, sino en la capacidad de la colectividad de mantenerlos bajo su control o de entablar con ellos una relación que les impida confiscar el poder. En principio, es eso lo que pasa en Atenas, por cuanto en ella las disposiciones institucionales excluyen toda posición de poder permanente de un individuo, dado que hay rotación de cargos, elección anual de estrategias.

Luego de esto, vale la pena señalar una disposición que tendía a limitar la intensidad del antagonismo y el conflicto político en la ciudad: el ostracismo (la palabra viene de óstrakon, el tiesto de cerámica sobre el cual se inscribe un nombre durante la votación). Esta disposición le permitía a la asamblea, en ciertas condiciones, condenar a un exilio de diez años a un ciudadano, sin que este perdiera, sin embargo, sus derechos cívicos o sus bienes; la medida no se consideraba deshonrosa para el afectado. Esta última debía respetar algunas formas y la decisión tenía que contar con el apoyo de, al menos, seis mil ciudadanos, dejando claro que no se trataba de una medida que pudiera tomarse por capricho.

El segundo aspecto de gran importancia para la autoinstitución de la democracia es el de los límites de dicha autonomía. En una sociedad heterónoma, la cuestión de la autolimitación no es pertinente; se debe hacer lo que los ancestros han dicho que debe hacerse, lo que los dioses o dios ha decretado, lo que dicta la naturaleza, lo que la razón permite deducir, lo que imponen las leyes de la historia. No obstante, desde el momento en que la colectividad política rechaza lo heredado o se aleja de ello, surge la cuestión de la autolimitación. Advertirán que su principio es el control del pueblo por sí mismo.

Se llama *graphé paranomon* a la acusación de ilegalidad; su carácter extraño es que acusa al *nomos* de ser *paranomos*, a la ley, de ser ilegal; se reúne un tribunal que delibera y, si condena la ley, a pesar de haber sido votada por la *ekklesia*, es anulada de inmediato. Es necesario pensar dos veces antes de proponer un texto que no busque más que favorecer entusiasmos pasajeros o solo se apoye en una mayoría muy débil, porque, además de la anulación de la ley, se corre el riesgo de sufrir una gravosa multa, e incluso, en casos extremos, la pena de muerte.

Otra institución que permite el autocontrol popular es la acusación por engaño al pueblo, que es también una acción legal. Se aplicará si, para incitar al *demos* a votar una medida, se presentan informaciones falaces: los responsables deben comparecer entonces ante los tribunales.

Pero la institución más importante es la tragedia. Si bien no se trata de reducir la tragedia a una función política, es indiscutible que en ella existe una dimensión política que debe buscarse en sus fundamentos ontológicos y en el papel que desempeña en las instituciones de autolimitación de la democracia.

Esta institución le recuerda constantemente al *demos* la necesidad de autolimitación; ya que, a través de las representaciones trágicas, el pueblo ateniense se ve reflejado en la nueva situación social y política en la que está inmerso, a modo de espejo poético de la vida en la ciudad. Sin embargo, es un espejo roto -metáfora utilizada por Vidal-Naquet- de una realidad donde encontramos sujetos que viven sus propias contradicciones existenciales, con las cuales, y desde las cuales, experimentan su relación con la sociedad, es decir, su condición política; en la medida en que no tiene como objeto plantear soluciones a

los problemas tratados de manera profunda: la lucha contra un destino inexorable que determina la vida de los mortales.

Asimismo, esta lucha representará el conflicto que se abre entre el hombre, el poder, la vida social, las pasiones y los dioses. Si no fuera así, se perdería lo esencial de la tragedia ateniense, como acertadamente lo señala Vidal-Naquet: «Si los atenienses hubiesen querido un espejo tan directo como fuese posible de la sociedad, tal como la veían, no habrían inventado la tragedia, sino la fotografía o el informativo cinematográfico» (2004: 53).

A modo de conclusión, quisiera señalar que, para Castoriadis, lo importante es que, en el estudio de la democracia griega, se encuentran gérmenes fecundos para todo pensamiento del proyecto de autonomía, del proyecto de una sociedad autónoma; gérmenes que podemos caracterizar como la puesta en cuestión de sí misma. En esto consiste uno de los grandes aportes del mundo griego, la política como actividad colectiva que quiere ser lúcida y consciente, y que cuestiona las instituciones existentes de la sociedad.

Referencias bibliográficas

- Castoriadis, C. (2012). *La ciudad y las leyes. Lo que hace a Grecia, 2. Seminarios 1983-1984. La creación humana III*. (trad. Horacio Pons). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- ----- (2006). *Una sociedad a la deriva. Entrevistas y debates (1974-1997)*. (trad. Sandra Garzonio). Buenos Aires: Katz.
- ----- (1998a). *Hecho y por hacer. Pensar la imaginación. Encrucijadas del laberinto V*. (trad. Laura Lamberr). Buenos Aires: Eudeba.
- ----- (1998b). *El ascenso de la insignificancia*. (trad. Vicente Gómez). Madrid: Cátedra- vUniversitat de València.
- Loraux, N. (2012). *La invención de Atenas. Historia de la oración fúnebre en la «ciudad clásica»*. (trad. Sara Vassallo). Madrid: Katz.
- Platón. (2008). *Diálogos. Vol. II*. Madrid: Gredos. [*Menéxeno*. Traducción y notas de E. Acosta Méndez].
- ----- (1981). *Diálogos. Vol. I*. Madrid: Gredos. [*Protágoras*. Traducción y notas Carlos García Gual].
- Vidal-Naquet, P. (2004). *El espejo roto. Tragedia y política en Atenas en la Grecia antigua*. (trad. Mar Llinares García). Madrid: Abada.

Mecanismos judiciales para asegurar la efectividad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contra Colombia

Magda Ligia D'janon Donado⁷²
Sergio Hernando Castillo Galvis⁷³

Introducción

El presente documento es resultado del trabajo de investigación cuyo objeto de estudio son los “mecanismos judiciales para la ejecutabilidad de las sentencias emitidas por la CIDH en casos contra Colombia por graves violaciones contra los derechos humanos”; centrado en el derecho a la administración de justicia, en relación con la efectividad de las órdenes impartidas por la CIDH en casos contra Colombia, especialmente en materia reparación. El objetivo general es el análisis de los mecanismos que permiten asegurar la ejecutabilidad de estos imperativos, cuya configuración surgen de un hecho ilícito internacional que, consecuentemente, deriva la obligación estatal de reparar de forma integral. El método de investigación empleado es cualitativo, de tipo descriptivo con interés práctico y fuentes de carácter normativo y jurisprudencial relacionado con los mecanismos en la jurisdicción ordinaria, contencioso-administrativa, constitucional e internacional de los derechos humanos. De esta manera, se logra que, en estos cuatro casos, existan mecanismos ordinarios y extraordinarios para materializarlos; sin embargo, se encuentra una deficiencia en lo que refiere a la garantía del carácter integral en la reparación.

72 Abogada. Doctoranda en Derecho de la Universidad Libre. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Directora de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta. Docente investigadora de la Universidad Libre, seccional Barranquilla. Docente catedrática en pregrado y posgrado. Correo: mdjanon@unisimonbolivar.edu.co

73 Abogado. Candidato a Magíster de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta. Grupo de investigación: Tendencias jurídicas contemporáneas. Asesor del Semillero de Investigación Holística. Correo: s_castillo@unisimonbolivar.edu.co

El Estado colombiano, dada la categoría *social* y los fundamentos de su organización sociopolítica y, por tanto, jurídica, ha traído consigo una evolución, producto de una materialización del dinamismo de la ciencia jurídica, presentando grandes avances en la tipología de Estados, con base en la efectividad y garantía de los derechos fundamentales. De este modo, Colombia, antes de la Constitución de 1991, y según la norma superior de 1886, se erigía como un Estado de Derecho, producto de un desarrollo previo (Velandia, 2015), en el cual la Ley era la fuente de aplicación directa y primaria para la solución de conflictos jurídicos en la sociedad.

Sin embargo, el gran avance en el ordenamiento jurídico colombiano se presenta con la Carta Magna de 1991; que consagra importantes medios, con respecto a garantía y protección de los derechos, dado el carácter antropocentrista adoptado con la nueva forma del Estado, que, de acuerdo con su fundación en los principios de dignidad humana, trabajo y solidaridad (Constitución Política de Colombia, artículo 1), ubica a la persona en lugar adecuado y le da a la Constitución Política el carácter de norma jurídica de aplicación directa, abandonando la postura adoptada en relación con su carácter meramente organizacional y secundario.

De lo anterior se deriva el aspecto de protección especial que adquirió, en sus diferentes denominaciones, la categoría de los derechos fundamentales, razón por la cual la Honorable Corte Constitucional, como máximo órgano jurisdiccional e intérprete natural de la Constitución (artículo 241), ha efectuado una labor importante frente al reconocimiento y ampliación del espectro en la aplicación de derechos y garantías; lo que ha erosionado la anacrónica teoría en la que los derechos fundamentales solo eran el catálogo previsto en la Constitución, en las disposiciones de los artículos 11 al 41, otorgando en algunos casos el carácter de *derecho fundamental autónomo*⁷⁴ a ciertas garantías de aplicación directa. Como evidencia de lo anterior se tienen los siguientes elementos:

- a) La prevalencia de los derechos de los niños (artículo 44 superior);
- b) El respeto por los derechos que se consideran de aplicación inmediata (artículo 85);
- c) La creación de la acción constitucional de tutela para la protección de los derechos fundamentales (artículo 86 superior);
- d) Las acciones constitucionales distintas a la tutela, como la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de grupo (artículos 87-88 superior);
- e) El bloque de constitucionalidad (artículo 93 superior) (Constitución Política, artículo 241)
- f) Los derechos innominados como imposibilidad de negación de otros (artículo 94 superior);
- g) El precedente vinculante emitido por la Corte Constitucional que reconoce

74 Es importante hacer alusión la Sentencia T-573 (2005): La fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos se hacen efectivos en la práctica. Todos los derechos son fundamentales, pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.

- la categoría de derechos fundamentales a prerrogativas antes determinadas bajo otras denominaciones⁷⁵;
- h) En caso de configurarse un daño antijurídico por parte del Estado, cumpliendo con sus presupuestos de configuración, se deriva la obligación constitucional de reparar (artículo 90 superior);
 - i) Dada la corriente de constitucionalización del derecho internacional, el Estado colombiano ha asumido obligaciones en el Sistema Regional de Protección de los derechos humanos, materializado en dos obligaciones primarias señaladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH)⁷⁶: a) Obligación de respetar los derechos y garantías previstos en el instrumento y b) El deber de adoptar las medidas internas correspondientes para garantizar la coherencia entre el instrumento regional y las disposiciones de orden interno.

Como parte de esta nueva tendencia garantista de los derechos humanos, la CIDH se ha convertido en el Tribunal Internacional que, además de determinar la responsabilidad estatal por la configuración de un hecho ilícito internacional, ha desarrollado una línea jurisprudencial importante respecto a la reparación integral en sus diferentes componentes, lo que se evidencia en las órdenes consecuentes previstas en la parte resolutive de la providencia. Sin embargo, en sede tutela, a través de la *revisión* (Presidencia de la República (1991); Decreto 2591. art. 33), la Corte Constitucional ha conocido casos en los cuales, después de la emisión de la Sentencia, las medidas de reparación adoptadas por el Tribunal no han sido por ello efectivas.

El presente documento expondrá resultados de un trabajo de investigación que tiene por objetivo analizar los mecanismos jurídico-judiciales existentes en el sistema jurídico colombiano para hacer efectivas las órdenes emitidas por la CIDH en cuanto a reparaciones por violaciones a derechos humanos, proponiendo la siguiente ruta metodológica: 1. La relación entre las garantías judiciales y la administración de justicia como postulados del Estado Social de Derecho; 2. La vinculatoriedad de las sentencias emitidas por el Tribunal Interamericano; 3. La reparación integral en la jurisprudencia de la CIDH en casos contra Colombia;

75 Es posible mencionar la Sentencia T-016 (2007), proferida por la Honorable Corte Constitucional, que, a partir del estudio sobre el derecho a la salud, determinó lo siguiente: La implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de modo que despojar a los derechos prestacionales –como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable, entre otros– de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso, sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales –independientemente de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales– poseen un matiz prestacional; así que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría propugnar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales no concuerda, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos; mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta, aunque sea explicable desde una perspectiva histórica.

76 Organización de los Estados Americanos (1969); Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1 y 2.

4. La efectividad de obligaciones de dar y derivar de la sentencia declaratoria de responsabilidad internacional en contra de Colombia; y 5. Las conclusiones y algunas recomendaciones, a partir de la ausencia de mecanismos que aseguren el carácter integral de la reparación.

Metodología de investigación

El trabajo se desarrolló mediante un enfoque cualitativo de tipo hermenéutico, con interés práctico (Vasco, 1985), propio de la disciplina histórico-hermenéutica en que se constituye el derecho. Como técnica de recolección de datos, se utilizó el examen del contenido a través de una matriz de análisis documental, teniendo como fundamento la metodología de estudio y construcción de línea jurisprudencial propuesta por López (2010, capítulo IV), en su libro *El derecho de los jueces*.

Las garantías judiciales y la administración de justicia en el Estado Social de Derecho

De acuerdo con las disposiciones señaladas en los artículos 8 y 25 de la CADH, se han consagrado las garantías judiciales y la protección judicial, conformando el denominado *debido proceso legal*⁷⁷ que encuentra íntima relación⁷⁸ con la necesidad en la existencia de un recurso rápido y sencillo de acuerdo a las subreglas establecidas por la CIDH en la Sentencia Velásquez Rodríguez vs. Honduras (CIDH, 1998) al establecer que no basta con la existencia de los recursos, sino que estos deberán ser adecuados y efectivos en cumplimiento de los artículos 46.1 y 46.2 del instrumento internacional. Es de esta forma como, en voto razonado emitido por el Juez Cançado Trindade en el Caso López Álvarez vs. Honduras (CIDH, 2006), al prever el carácter inescindible del debido proceso legal (garantías judiciales) y la existencia de un recurso respecto del derecho de acceso a la justicia, que señaló:

Uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana). Como me permití señalar en una obra reciente, podemos aquí visualizar un verdadero derecho al derecho, o sea, el derecho a un

77 CIDH. 1997. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 74: "El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado "debido proceso legal" o "derecho de defensa procesal", que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera".

78 OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1987). Opinión Consultiva OC-9. "garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

ordenamiento jurídico (a niveles tanto nacional como internacional) que, efectivamente, salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana (...)

La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (supra) lleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente.

En reconocimiento de su carácter fundamental, dada la propia concepción dentro de los postulados del Estado Social de Derecho, la Honorable Corte Constitucional ha considerado el carácter y contenido múltiple del derecho de acceso a la administración de justicia que encuentra fundamento constitucional, entre otros, en los artículos 1 y 228 superior, estableciendo entre sus elementos de configuración los siguientes (Sentencia C-426.2002):

La Corte también ha identificado que se trata de un derecho de contenido múltiple o complejo, cuyo marco de aplicación compromete, en un orden lógico: "(i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso, y, entre otros, (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos.

Agrega el máximo tribunal, reconociendo la prevalencia del derecho sustancial frente al formal y su deber constitucional en la consecución de la justicia material, que *no bastan enunciados formales sino que resulta imperativo garantizar su efectividad, a través de la consagración de mecanismos que en realidad promuevan la realización del derecho sustancial o del orden jurídico* (Sentencia C-179. 2016).

Por tanto, lo anterior permitiría deducir que no basta la mera existencia de un recurso judicial para su aplicación, sino que debe tener las categorías de necesario y adecuado de acuerdo a las directrices establecidas por la Corte Constitucional

y la CIDH. Sin embargo, para los fines del presente documento, gana especial relevancia la configuración de la responsabilidad estatal por un hecho ilícito internacional y las órdenes emitidas por el Tribunal, que de esta se derivan, que debe acatar el Estado, de conformidad con el artículo 68 de la CADH, así como los principios del derecho internacional que rige la materia, partiendo del presupuesto que el incumplimiento en la realización de los componentes de la reparación integral establecidos por la Corte implica, para el caso colombiano⁷⁹, un claro desconocimiento de los pilares básicos del Estado Social de Derecho.

Vinculatoriedad en el cumplimiento de las Sentencias emitidas por la CIDH

Desde la aprobación e inmersión al Sistema Jurídico Colombiano de la CADH, a través de la Ley 16 (Congreso de la República. 1972), Colombia formalmente se adhirió a las libertades y garantías consagradas en el instrumento internacional. Sin embargo, la teoría de la soberanía nacional como limitante para su aplicación fue el momento inicial, entendiendo que las normas, desde todos sus rangos y sobre todo las constitucionales, tienen prevalencia de acuerdo al principio de supremacía constitucional, lo que motivó que adicionalmente se presentará un conflicto interpretativo adicional soportado en la vinculatoriedad/obligatoriedad en la aplicación de las subreglas establecidas por la CIDH en materia de respeto y efectividad de los derechos humanos, bajo dos hipótesis: i) El Estado colombiano es parte del conflicto y fue hallado responsable internacionalmente por un hecho ilícito internacional; y ii) El Estado no es interviniente del mismo, lo que ha conllevado que autores como Quinche (2014) señala que en ambos casos tienen recibo, variando su grado de vinculatoriedad para los Estados y como en el caso mexicano (Hitters, J, p. 154) consagra que en el primer caso es de obligatorio cumplimiento y en el segundo, está revestida de cierto carácter obligatorio siendo tomada como reglas de interpretación que conlleven: i) ampliación del espectro de garantía y efectividad de los derechos y libertades; y ii) la prevención frente a la configuración de un hecho internacional.

Recientemente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-564 (2016) en relación con la vulneración a los derechos fundamentales de personas víctimas en el caso La masacre Santo Domingo (CIDH, 2012), trayendo a colación la subregla establecida en la Sentencia T-655 (2015), en materia de vinculatoriedad y obligatoriedad de las providencias del Tribunal Internacional para el caso colombiano, siendo necesario mencionar algunos elementos relevantes:

- i) Desde las disposiciones propias de la CADH se consagra el poder jurisdiccional otorgado a la CIDH y la obligatoriedad de sus decisiones. Al respecto, la Corte Constitucional afirma lo siguiente:

79 Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-005. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo. Expediente T-4.426.042.

El artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el artículo 52 y siguientes el instrumento internacional estableció su organización, composición y reglas procedimentales para el cumplimiento de su misión. Así mismo, se consagró que la Corte cumpliría funciones consultivas y también se le otorgó poderes jurisdiccionales para decidir casos que los Estados Partes y la Comisión Interamericana (conforme los artículos 34 y siguientes) pusieran en su conocimiento, por violación de derechos reconocidos en La Convención.

- ii) Concluye en la Sentencia T-654 (Corte Constitucional, 2016) que *este Tribunal Constitucional ha dejado claro que la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace que sus sentencias sean de obligatorio cumplimiento por el Estado.*
- iii) Respecto a la obligatoriedad en los criterios interpretativos al mencionar que con fundamento en las disposiciones de la CADH, *estos tienen relevancia constitucional en nuestro ordenamiento teniendo en cuenta que examinan el significado y alcance de los derechos contenidos en Instrumentos Internacionales y de los derechos constitucionales fundamentales* (Corte Constitucional, Sentencia T-654. 2016).
- iv) Reforzando la línea jurisprudencial, la Corte Constitucional reafirmó la prohibición del Estado de escoger cuáles sentencias, o apartes, cumple o no, al mencionar las obligaciones previstas en la Convención de Viena sobre Tratados (1969), que ingresó al Sistema Jurídico Colombiano a través de la Ley 32 (Congreso de Colombia, 1985), estableciendo el máximo Tribunal lo siguiente:

Las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en desarrollo de su competencia judicial, obligan al Estado colombiano no sólo a un cumplimiento oportuno, sino pleno, sin que sea admisible una potestad discrecional para escoger cuáles cumple y cuáles no; realizar equivalencias entre medidas, por ejemplo, cambiar la asignación de una vivienda por un subsidio para vivienda o la asistencia médica especializada que deben recibir en razón de su particular situación de indefensión, por una general que haga caso omiso de tal condición; y sin trasladar la responsabilidad del cumplimiento o del incumplimiento de las medidas a las víctimas, a sus familiares, a sus representantes o a todos ellos.

Lo anterior permite concluir que las sentencias proferidas por el Tribunal Internacional en casos contra Colombia son de obligatorio cumplimiento, especialmente en los apartes que refieren a las órdenes emitidas bajo criterios de integralidad (forma) y debida oportunidad (término), teniendo en cuenta que estos dos fundamentos permiten la reparación integral frente al daño configurado, soportado en el principio de la dignidad humana.

La reparación integral en las Sentencias emitidas por la CIDH contra Colombia

La CADH consagra, en su artículo 63, el deber del Estado, cuya actuación u omisión configuró una violación de un derecho o libertad protegidos por el instrumento, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, lo que se traduce en medidas de restitución que permitan garantizar el espectro de aplicación y ejercicio de los derechos. Agrega, que en caso de ser procedente se repare las consecuencias de la medida o situación que ha dado origen a la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, lo que materializa la visión más anticuada de la reparación centrada en la mera compensación de carácter pecuniario o doctrinantes que proponen una nueva modalidad de reparación, adicionando la categoría de *transformadora*, y caracterizada por trascender la esfera de las personas víctimas y proponer políticas públicas que amplíe su ámbito de resultados, lo que en palabras de Uprimny, R. y Saffón, M (2009):

(...) proponemos la idea de lo que hemos llamado *reparaciones transformadoras o reparaciones con vocación transformadora*: se trata en esencia de mirar a las reparaciones no sólo como una forma de justicia correctiva, que busca enfrentar el sufrimiento ocasionado a las víctimas y a sus familiares por los hechos atroces, sino también como una oportunidad de impulsar una transformación democrática de las sociedades, a fin de superar situaciones de exclusión y desigualdad que, como en el caso colombiano, pudieron alimentar la crisis humanitaria y la victimización desproporcionada de los sectores más vulnerables y que, en todo caso, resultan contrarias a principios básicos de justicia (p. 34).

Fue a partir de la sentencia emitida con ocasión del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (CIDH, 1988, reparaciones) consagrando el principio *restitutio in integrum*, que se ha definido así:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral. 27. En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad.

Sin embargo, es lo que se ha catalogado como un primer momento dentro de la concepción de la reparación integral en la CIDH. Posteriormente, y producto de la

evolución propia en la interpretación y efecto de la CADH, la CIDH desarrollaría los componentes restantes de la integralidad en la reparación relacionado con la causación de daños que trascienden la esfera material, considerados como inmateriales. El Tribunal aduce en la Sentencia del Caso La Cantuta vs. Perú (CIDH, 2006):

El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad, así como mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar que vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos.

Tal es el caso que en la sentencia señalada se establecieron las siguientes medidas no pecuniarias de reparación: a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables, lo que permite evidenciar que la configuración del hecho ilícito internacional no implica el desconocimiento en los deberes propios del instrumento interamericano; b) Búsqueda y sepultura de los restos de las víctimas desaparecidas, relacionado con el derecho a la verdad de las víctimas propio del principio de dignidad humana; c) Acto público de reconocimiento de responsabilidad - como medida de satisfacción; d) Publicación de la sentencia - medida de satisfacción; e) Tratamiento físico y psicológico para los familiares de las personas ejecutadas o víctimas de desaparición forzada - medida de rehabilitación; f) Educación en derechos humanos - garantía de no repetición.

Para el caso colombiano, la CIDH (2007) encontró la responsabilidad del Estado por los hechos ocurridos en el corregimiento de La Rochela, el Tribunal determinó las siguientes medidas no pecuniarias de reparación integral: a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables; b) Protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y familiares; c) Asistencia médica y psicológica; y d) Medidas educativas en derechos humanos para personal de las fuerzas armadas. Lo anterior permite determinar la evolución que ha presentado la jurisprudencia del Tribunal Interamericano en materia de reparación integral, teniendo en cuenta las medidas no pecuniarias adoptadas y otorgando el carácter relevante al principio de dignidad humana⁸⁰.

80 Véase para el caso colombiano la Ley 1448 (2011).

Asimismo, de forma reciente, la CIDH falló en el caso denominado Rodríguez Vera y otros vs. Colombia (CIDH, 2014), también conocido como “desaparecidos del Palacio de Justicia”; el Tribunal determinó en materia de reparaciones los siguientes elementos: a) Investigación, determinación, enjuiciamiento y, en su caso, sanción de todos los responsables; b) Determinación del paradero de las víctimas desaparecidas; c) Atención adecuada a los padecimientos físicos y psicológicos sufridos por las víctimas de las violaciones establecidas en la presente Sentencia; d) Publicación y difusión de la Sentencia; e) Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; f) Elaboración de un documental audiovisual; siendo que este caso de amplio conocimiento para el ordenamiento jurídico colombiano se imponen obligaciones relacionadas con componentes de la reparación integral que permitan retornar la dignidad humana conculcada a las víctimas, como lo ha previsto la CIDH.

Actos de verificación de cumplimiento por la CIDH

Dado el carácter de obligatorio cumplimiento de las providencias de la CIDH y su carácter inapelable, el Tribunal ha consagrado herramientas que permitan corroborar el debido cumplimiento de las órdenes emitidas en la parte resolutive de la providencia; para lo cual señaló, en el artículo 69, las medidas para la supervisión de las sentencias y otras decisiones del Tribunal:

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se implementarán mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.
2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.
3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión.
4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.
5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión”.

El mecanismo más utilizado son las resoluciones de cumplimiento emitidas por la CIDH, teniendo en cuenta el numeral 1 de la disposición señalada; en el contexto colombiano, entre las más recientes se encuentra la emitida para el Caso 19 comerciantes vs. Colombia (CIDH, 2004), del 23 de junio de 2016, mediante la cual se encontraron algunos elementos importantes, a saber:

i) *Monumento en memoria de las víctimas*. La CIDH efectúa una descripción de los avances en este apartado, teniendo como presupuesto una ubicación del monumento en un lugar que no produjo significación alguna para las víctimas, lo que llevó a la interposición de una acción de tutela por considerar vulnerados los derechos a la reparación integral, la tutela judicial efectiva y la dignidad humana, presentando un avance importante el Tribunal Constitucional Nacional al emitir la orden al Ministerio de Relaciones Exteriores de *iniciar y coordinar todos los trámites pertinentes para que se cumplieran los componentes de la medida de reparación relativos a colocar una placa con los nombres de los 19 comerciantes en el lugar en que se encontraba el monumento y efectuar una ceremonia pública de inauguración, conforme a lo ordenado en la Sentencia de la Corte Interamericana (parágrafo 8)*.

ii) *Reconocimiento a la procedibilidad de la tutela frente a obligaciones internacionales*. La CIDH trae a colación la consideración emitida por Sala de la Corte Constitucional, al señalar que, a través de una acción de amparo o tutela, es posible, bajo ciertas circunstancias, exigir el cumplimiento y ordenar la ejecución de una disposición internacional. Esta temática será abordada con mayor profundidad en los siguientes apartados⁸¹.

iii) *El término transcurrido para hacer efectivo el cumplimiento de la orden*. El cumplimiento de la Sentencia responde a la temporalidad en que se haga efectiva, por la cual la CIDH *valora positivamente que el Estado haya adoptado todas las medidas necesarias para la realización de los distintos componentes de la reparación; no obstante, también observa que, para lograr dicho cumplimiento, transcurrieron más de ocho años desde el vencimiento del plazo dispuesto en la Sentencia para su cumplimiento*.

El Tribunal concluye en la declaración de cumplimiento en parte de las órdenes emitidas como medidas de reparación; sin embargo, las verificaciones son realizadas a partir de las posibilidades del Tribunal y surge, como en el Caso 19 comerciantes, la necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales internos para asegurar el cumplimiento de las disposiciones emitidas y que para el caso colombiano, por excelencia, ha sido la Corte Constitucional, siendo procedente determinar los mecanismos para hacer efectivas las órdenes en que se constituyen:

81 Partiendo del reconocimiento que ha hecho el Tribunal Internacional frente al papel que desempeña la Corte Constitucional en el cumplimiento de las Sentencias emitidas: *“Como la Corte ha señalado con anterioridad, los tribunales internos también tienen –en el ámbito de sus competencias– un papel fundamental en el cumplimiento o implementación de las Sentencias de la Corte Interamericana, ya que deben velar por el acatamiento de las disposiciones convencionales. El que la Corte Interamericana determine el estado de cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en sus Sentencias, no excluye que los tribunales constitucionales asuman ese importante rol, tal como se desprende de la referida sentencia del tribunal constitucional colombiano” (parágrafo 10)*.

a) Obligaciones de dar (indemnización / compensación); y b) Obligaciones de hacer (medidas de rehabilitación y satisfacción).

Discusión

Efectividad de obligaciones de dar y hacer derivadas de las sentencias de la CIDH en el sistema jurídico colombiano

Luego de haber señalado la obligatoriedad en el cumplimiento en las órdenes emitidas por la CIDH a través de sus sentencias en casos contra Colombia, el carácter integral de las medidas de reparación ordenadas, las resoluciones de cumplimiento como actos por excelencia para verificar su cumplimiento y la necesidad de un recurso rápido y efectivo como componente del acceso a la justicia, surge un cuestionamiento relacionado con la efectividad real o ejecutabilidad de las órdenes emitidas en las Sentencias de la CIDH, dado que, efectuando un estudio al precedente fijado por la Corte Constitucional colombiana, es de fácil observancia la existencia de casos en los cuales no se ha cumplido a plenitud y oportunamente las medidas de reparación en favor de las víctimas así halladas en el proceso de configuración de responsabilidad estatal, por lo cual como resultado se determinaron los mecanismos para asegurar su cumplimiento en el Sistema Jurídico Colombiano.

Efectividad de obligaciones de dar

Se ha considerado que la reparación integral tiene por componente principal indemnizar o compensar desde su materialización en recursos, teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos de violaciones a los derechos humanos, no es posible el cumplimiento del principio *restitutio in integrum* en importante intensidad y, por tanto, efectuar una tasación frente al daño material y en algunos casos, como lo ha determinado el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto (2014, p. 33), un valor adicional por la configuración de un daño autónomo denominado *afectación a bienes constitucional o convencionalmente protegidos*.

En los casos en que el Tribunal determina el pago (en su sentido pecuniario) de una indemnización, la cual por múltiples razones no se cumple de manera oportuna por parte del Estado, de acuerdo a los términos fijados por la CIDH. Por ello, la Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela, ha manifestado que no todas las obligaciones, en materia de reparación consagradas en la parte resolutive de la Sentencia, pueden ser objeto de exigencia por la vía de esta acción constitucional excepcional y sumaria. Sin embargo, para esta tipología de obligaciones la Corte ha señalado que no es procedente por vía de tutela, estableciendo que existen mecanismos en la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso-administrativo, que al tenor reza:

En relación con este aspecto, debe señalarse que el sistema normativo contempla, entre otras, las actuaciones para la ejecución de providencias judiciales en el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, relevantes resultan las disposiciones de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (Ley 1437 de 2011), referentes al cumplimiento de las sentencias por las entidades públicas. Al respecto, la Corte observa que sería relativamente sencillo obtener, por este medio, el cumplimiento de las obligaciones de dar, es decir, el pago de las indemnizaciones pecuniarias a cargo del Estado decretadas por la Corte Interamericana, por lo que la acción de tutela, en principio, no sería procedente en este ámbito.

Cabe mencionar que, a la fecha de elaboración del presente documento, se encuentra vigente el Código General del Proceso (Congreso de la República, Ley 1564 de 2012), que, en su artículo 307, consagra lo siguiente: *Cuando la Nación o una entidad territorial sea condenada al pago de una suma de dinero, podrá ser ejecutada pasados diez (10) meses desde la ejecutoria de la respectiva providencia o de la que resuelva sobre su complementación o aclaración.*

Efectividad de obligaciones de *obligaciones de hacer*

En materia de obligaciones de hacer, desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales constitucionales, la situación es más compleja, bajo el entendido de que sus mecanismos de efectividad, en palabras de la Corte Constitucional, no se encuentran en la jurisdicción ordinaria o contenciosa, sino que, por su grado de necesidad en el cumplimiento y su dificultad de materialización, permite que estos no sean cumplidos de la forma y en los tiempos señalados por el Tribunal Internacional; es por esto que, tal como ha sido reconocido por la CIDH, el máximo órgano en el Sistema Jurídico Colombiano presenta un avance valorado en sus resoluciones de cumplimiento, como en la recientemente emitida para el Caso 19 Comerciantes vs. Colombia del 23 de junio de 2016 (CIDH. 2016):

Resulta destacable la protección otorgada a través de ese fallo interno que resolvió “conceder el amparo” y ordenó que el Ministerio de Relaciones Exteriores debía iniciar y coordinar todos los trámites pertinentes para que se cumplieran los componentes de la medida de reparación relativos a colocar una placa con los nombres de los 19 comerciantes en el lugar en que se encontraba el monumento y efectuar una ceremonia pública de inauguración, conforme a lo ordenado en la Sentencia de la Corte Interamericana.

Por lo anterior, la Corte Constitucional, en evolución de su propia línea, ha entendido que, para las obligaciones de hacer derivadas de las órdenes emitidas

por la CIDH, el mecanismo más idóneo para asegurar su cumplimiento es la acción constitucional de tutela, como, en efecto, lo señaló en la providencia de reconocimiento en el Caso 19 comerciantes, Sentencia T-653 (Corte Constitucional, 2012):

Igual ocurre con otras medidas de reparación, consistentes en obligaciones de hacer, que por su complejidad requieren de la concatenación de una serie de actos o la intervención de autoridades judiciales especializadas. Estas, si bien son exigibles, no pueden ser ejecutadas de inmediato, como las de investigar, juzgar y sancionar, o la de identificar a otras presuntas víctimas o familiares de víctimas. De la misma manera, debe procederse con aquellas que, por la forma como son impartidas, no permiten certeza sobre el momento a partir del cual son demandables y, por ende, resulta posible iniciar el proceso ejecutivo, como aquellas que dan “un plazo razonable”. En el mismo tenor se encuentran las que dejan un margen de interpretación y concertación del Estado con los representantes de las víctimas y que, por tanto, no pueden ser ordenadas con absoluta precisión.

En este apartado, la Corte Constitucional efectúa una clara distinción entre aquellas obligaciones de hacer que, además, consagra un término para su cumplimiento, lo que permitiría iniciar el respectivo proceso ejecutivo para garantizar su efectividad en las condiciones acordadas. Sin embargo, igualmente, para aquellos en las cuales se presenta una clara complejidad para su alcance consagra la acción de tutela como el mecanismo, que por su carácter sumario, excepcional y preferente aboliendo las formalidades, buscando la cesación de la violación de los derechos fundamentales constitucionales conculcados con ocasión del incumplimiento de las órdenes y con ello, desconociendo la obligación del Estado de reparar integralmente previa configuración de un daño y la consecuente responsabilidad estatal por hecho ilícito internacional. La Corte concluye lo siguiente (Sentencia T-653 de 2012):

6.5 En conclusión, la acción de tutela resulta procedente para exigir el cumplimiento de una orden dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia en la que condena internacionalmente a Colombia, cuando dicta una medida de reparación consistente en una obligación de hacer que, por su naturaleza es de ejecución simple o que ha superado “un plazo razonable” para su implementación o cuya etapa de concertación entre el Estado y los representantes de las víctimas ya se ha efectuado y, aun así, no se han satisfecho.

El anterior postulado le impone al Estado medidas para el cumplimiento de las órdenes emitidas por el Tribunal, reconociendo la Corte Constitucional la violación a un derecho humano se perpetúa hasta tanto no se haga efectiva la reparación

que a bien determinó imponer para reparar integralmente en cada uno de sus componentes, y existiendo una modificación importante en su función en caso de tutela; dado que este no tendrá que preocuparse por probar dicha violación, sino que será el cumplimiento o incumplimiento, por sí solo, los que configuren una afectación al derecho fundamental.

No obstante, lo anterior materializa el flagelo de que en Colombia existe un claro fraccionamiento en la reparación, dado que, aun cuando existen órdenes expresas emitidas por la CIDH, en múltiples casos como 19 comerciantes, Masacre La Rochela, Escué Zapata, Masacre de Mapiripán, entre otros, quienes fueran encontradas por el Tribunal Interamericano como víctimas por el hecho ilícito internacional en que incurre Colombia, generó órdenes tendientes a las medidas de reparación con ocasión al daño generado, estableciendo como rasgo común el carácter integral de esta reparación.

Sin embargo, es de fácil observancia que existe una divisibilidad ilegítima de estas medidas, siendo que la indemnización, como medida compensatoria, resulta de mayor ejecutabilidad frente a las medidas de rehabilitación, restitución y satisfacción, y, en los casos citados, queda materializado el hecho de que no existe un mecanismo que asegure el carácter integral de la reparación, siendo que, como lo afirma Arévalo, L. (2010), el proceso de reparación integral debe contemplar, entre sus bases fundamentales, la voz de las personas, familias y comunidades que han sido víctimas, en el desarrollo de cualquier tipo de medida, ya sea jurídica, psicosocial, física, simbólica o administrativa.

Este ha ocurrido en los casos mencionados, siendo susceptibles de traer a colación los siguientes, que permiten ratificar la tesis de la necesidad en la creación de un mecanismo que asegure el carácter integral e indivisible de la reparación, así:

Caso Masacre 19 comerciantes

Como se dijo, la Corte reconoció el avance del Estado colombiano en el cumplimiento de esta sentencia, como fue señalado en la resolución de cumplimiento del 23 de junio (CIDH, 2016). No obstante, la metodología y conclusiones alcanzadas en este documento permiten evidenciar la insuficiencia que existe en el cumplimiento de las sentencias emitidas por el Tribunal Interamericano, especialmente en aquellas órdenes relacionadas con medidas no pecuniarias de reparación; tal es el caso de colocar una placa con los nombres de los 19 comerciantes en el lugar en que se encontraba el monumento y efectuar una ceremonia pública de inauguración, de acuerdo con las disposiciones fijadas por la CIDH.

Para ello, fue necesario que las víctimas acudieran a la acción constitucional de tutela, que solo en sede de revisión surtió los efectos debidos, en relación con la orden dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores y, si bien es cierto que la CIDH

valora el cumplimiento de las medidas, igualmente señala que, para lograr dicho cumplimiento, transcurrieron más de ocho años desde el vencimiento del plazo dispuesto en la Sentencia para su cumplimiento (CIDH, párrafo 12, 2016).

Caso Masacre La Rochela

En el caso de la Masacre de la Rochela, sentencia proferida por la CIDH el 11 de mayo de 2007, ha sido objeto de supervisión en tres (03) ocasiones, la última con resolución de cumplimiento del 31 de agosto del 2015, en la cual el Tribunal Interamericano encontró que algunos puntos resolutive no estaban cumplidos, estableciendo, a manera de conclusión, los siguientes puntos pendientes de cumplimiento (CIDH, 2015, p. 28):

- a) Realizar una transmisión en el programa de televisión de la rama jurisdiccional sobre los hechos del caso, el reconocimiento parcial de responsabilidad y la Sentencia (punto resolutive octavo y párrafo 277.I.4 de la Sentencia); b) transmitir el acto mediante el cual se ubicó la placa conmemorativa y la galería fotográfica de las víctimas en el Palacio de Justicia del municipio de San Gil, departamento de Santander, en el canal asignado al Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con lo indicado en los Considerandos 7 a 9 y 15 a 17 de la presente Resolución (punto resolutive octavo y párrafo 277.I.1 de la Sentencia); c) denominar la beca en la especialización en derechos humanos con un nombre que evoque la memoria de las víctimas, de conformidad con lo indicado en el Considerando 25 de la presente Resolución (punto resolutive octavo y párrafo 277.I.6 de la Sentencia); (...)"

Lo anterior permite concluir que no existe carácter integral de la reparación y que, después de ocho (08) años de proferida la Sentencia por el Tribunal, no existe cumplimiento efectivo de las medidas de reparación, vulnerando de esta forma los derechos fundamentales constitucionales de las personas víctimas de tal hecho y ratificando la divisibilidad ilegítima de la reparación.

Conclusiones

Existe una clara e inescindible relación entre un recurso que garantice el cumplimiento de las órdenes emitidas por la CIDH, en materia de reparación, respecto del derecho fundamental del acceso a la administración de justicia derivado de la Constitución de 1991 en su sentido más genérico, desde los mismos preceptos del artículo 1, 2, 228 y 229 superiores.

Luego de la configuración de un hecho ilícito internacional y la declaración de responsabilidad del Estado que realiza la CIDH, surge la obligación de reparar

integralmente a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos a partir de la evolución jurisprudencial en materia de reparación que ha consagrado los medios pecuniarios no pecuniarios, relacionados estos con medidas de rehabilitación, satisfacción, restitución y garantías de no repetición.

De acuerdo con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el reglamento interno de la CIDH, el mecanismo por excelencia del Tribunal Internacional son las resoluciones de cumplimiento, a partir de las cuales se efectúa un seguimiento a la debida ejecución de las medidas impartidas en la sentencia, que corresponden a satisfacer la obligación de reparar integralmente.

Para el caso de las *obligaciones de dar* y las *obligaciones de hacer* que establezcan un plazo para su efectividad, existen las medidas consagradas en la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso-administrativa para garantizar su ejecución. Sin embargo, para estas últimas y, especialmente para aquellas en las que sea más complejo su cumplimiento, la acción constitucional de tutela es el mecanismo idóneo por su carácter sumario y preferente, que permite evitar por completo la vulneración de los derechos fundamentales constitucionales con ocasión de la omisión en su cumplimiento.

Referencias bibliográficas

- Congreso de la República. *Ley 1564 de 2012*.
- Congreso de la República. *Ley 1448 de 2011*.
- Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014.
- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia C-179*. Magistrado ponente: Luis Guillermo Pérez. Expediente D-10973.
- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia T-564*. Expediente T-5.613.960. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. (2015). *Sentencia T-005*. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo. Expediente: T-4.426.042.
- Corte Constitucional. (2015). *Sentencia T-655*. Expediente T- 3490836. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. (2012). *Sentencia T-653*.
- Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T- 016*. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente T-1405186.
- Corte Constitucional. (2005). *Sentencia T-573*. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente T-1053514.
- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-426*. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-3798.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de supervisión al cumplimiento de la Sentencia Caso 19 comerciantes vs. Colombia (23 de junio de 2016).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Caso Rodríguez Vera y

- otros vs. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Caso Masacre de La Rochela.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Voto razonado emitido por el juez Cançado Trindade, en el Caso López Álvarez vs. Honduras.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso La Cantuta vs. Perú.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Caso 19 comerciantes vs. Colombia.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de Fondo.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997). Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. (Fondo, reparaciones y costas).
 - López, D. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis-Uniandes, Facultad de Derecho.
 - Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1987). Opinión Consultiva OC-9. "Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos).
 - Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
 - Vasco C. (1985). "Tres estilos de trabajo en las ciencias sociales". Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
 - Velandia, E. (2015). "Derecho constitucional especializado y justicia convencional". Derecho procesal constitucional.
 - Uprimny R. y Saffón M. (2009). "Reparaciones transformadoras, justifica distributiva y profundización democrática". Reparar en Colombia. Dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf>

Derecho constitucional global, constitucionalismo crítico y emancipación desde América Latina

Jairo Vladimir Llano Franco⁸²

Introducción

Este artículo muestra el desarrollo teórico y conceptual de las distintas temáticas y reflexión sobre las deliberaciones que ocupan al constitucionalismo reciente, gracias a las teorías constitucionalistas que desempeñan un papel preponderante en este campo. La primera parte de este trabajo que se tituló: "El derecho constitucional en tiempos de globalización" incursiona en el debate sobre el concepto de globalización, desde diferentes enfoques teóricos, para, posteriormente, relacionarlo con el derecho constitucional, en particular, con la corriente o teoría neoconstitucional. En la segunda parte del escrito titulada: "Teoría crítica del derecho, constitucionalismo crítico y su recepción en América Latina" se expone cómo la teoría crítica del derecho avanzó de manera paulatina en el contexto académico europeo y estadounidense hasta decepcionarse de forma tímida en el contexto de América Latina; en esa parte también se incorpora el constitucionalismo crítico que se desprende precisamente de la teoría crítica. El tercer aparte titulado: "El derecho como emancipación" permite comprender cómo el derecho no sólo puede convertirse en un referente para la dominación, sino también cómo puede ser útil para la emancipación y la transformación social.

82 Ph. D. en Derecho Universidad Externado de Colombia. Antropólogo y Especialista en Antropología Jurídica de la Universidad del Cauca. Becario del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Profesor Titular de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Libre seccional Cali. Líder del grupo de investigación Derecho Constitucional, Administrativo y Derecho Internacional Público de la misma casa de estudios con categoría A en Colciencias. Investigador Senior para la más reciente clasificación de Colciencias.

El derecho constitucional en tiempos de globalización

Con el transcurrir del tiempo el fenómeno de globalización se encuentra más arraigado en las sociedades y negar su existencia es inconcebible: "La globalización es la dinámica estructural subyacente que impulsa los procesos ideológicos, políticos, sociales, económicos y culturales del mundo en el siglo XXI y está, por tanto, vinculada a nuestras biografías individuales y de grupo" (Robinson, 2007); este fenómeno ha sufrido tantas reformas sustanciales que no era concebido por los iniciales impulsores que se encontraban en los Estados centrales, particularmente los que suscribieron el consenso de Washington y quienes promovían las políticas económicas neoliberales: "El neoliberalismo de hoy es una ideología tecnocrática. Descrita en referencia al sistema, es la principal ideología de la globalización y sus cultores y diseminadores son personeros de instancias internacionales: el FMI, el BM, el BID, por nombrar los núcleos financieros"(Gallardo, 2007, p. 22).

Precisamente, entre las transformaciones que fueron apareciendo se encuentra las realizadas al derecho que, pese a caracterizarse por décadas en acompañar al Estado-nación, ahora se convierte en uno de los promotores de la globalización; por eso, desde finales del siglo XX y el transcurso del XXI se ha referenciado la globalización del derecho: "(...) la globalización exige una recomposición de lo jurídico (...) por la necesidad de concebir el derecho desde una perspectiva global, superando los localismos anacrónicos de los viejos sistemas jurídicos estatales para articular respuestas globales a problemas de alcance planetario" (Julios-Campuzano, 2008, p. 53).

Las transformaciones y avances del derecho por el fenómeno de globalización se ha dado de forma proporcionalmente intensa a lo ocurrido con este fenómeno, incluso, se puede decir que el derecho internacional, desde antes de su aparición, presentaba los primeros pasos para la construcción de un derecho global que sería el soporte para las transformaciones recientes, uno de los primeros en acudir a la escena de un derecho global en plena modernidad fue la *lex mercatoria* que consolida su reglamentación en el transcurso del siglo XX: "La *lex mercatoria* está compuesta por un conjunto completo de reglas: Incoterms, Reglas Uniformes Internacionales, desarrolladas por la Cámara de Comercio Internacional, las Reglas de la Haya, las Reglas de Hamburgo, los convenios CMR y CIM" (Gessner, 2013, p. 9).

Pero no solamente el derecho comercial, por medio de la *lex mercatoria*, fue al mismo tiempo antecedente, pionero y consolidación en la globalización del derecho, un área que también sería protagonista por convertirse en pionero del impulso global del campo jurídico ha sido el derecho internacional público, que tiene su aparición de una forma más real y concreta en la posguerra: "En la Declaración de Moscú, del 1.º de noviembre de 1943, las cuatro potencias (el Reino Unido, los Estados Unidos, la Unión Soviética y China) reconocieron la necesidad de establecer, en la fecha más temprana factible, una organización internacional" (Sorensen, 2012, pp. 105-106).

Precisamente, para que el derecho internacional público no se limitara a pretensiones y pasara a un proceso de reconocimiento e intervención, se crearon varias organizaciones que comenzarían a llevar a la práctica los tratados y convenios internacionales suscritos por la mayoría de los Estados, un grupo destacable de estas organizaciones consideradas como prioneras, que se desprendían de la ONU fueron creadas entre 1944 y 1946:

El Fondo Monetario Internacional, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, y la Organización de Aviación Civil Internacional en 1944; la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, en 1945, la Organización Mundial de la Salud, en 1946 (Sorensen, 2012, p. 106).

Otra área del derecho que se considera anterior al fenómeno de globalización del derecho, pero que posibilitó su expansión de forma reciente es el derecho internacional de los derechos humanos, donde se incorporan las Declaraciones y Pactos de Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y más recientemente la Convención de Roma que crea la Corte Penal Internacional con la particularidad de referenciarse como un Tribunal que sanciona la vulneración de derechos humanos de forma directa, rompen con la concepción dominante de que los Derechos Humanos era un discurso abstracto y sin obligatoriedad de cumplimiento por parte de los Estados:

Existe un desarrollo histórico sobresaliente del marco jurídico internacional en materia de derechos humanos que inicia en la segunda mitad del siglo XX, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 hasta la Declaración de Viena de 1993, que produjo la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. En ese lapso se han adoptado un número bastante grandes de tratados [...] Lo mismo ha sucedido con la normatividad del *ius bello* (personificado en el derecho convencional, las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 y de sus protocolos de 1977) y apoyado por el derecho penal internacional, que alcanza su madurez con la adopción de la Convención de Roma que crea la Corte Penal Internacional (Becerra Ramírez, 2012, p. 59)

Como se observa, la globalización del derecho tiene su proyección durante el siglo XX con la *lex mercatoria*, el derecho Internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos, situación que lleva, primero, a considerar que el derecho se globalizó un poco antes que apareciera lo que se ha considerado el fenómeno de globalización, segundo, que ante estos procesos de avance del derecho internacional los Estados deben adecuarse y reformar la estructura jurídica interna para lograr la conexión y relación con el derecho internacional, lo cual llevaría a que los modelos de Estado, hasta ahora implementados, se renueven y el derecho interno y el derecho internacional se puedan complementar.

Se puede determinar que la globalización del derecho tiene un desarrollo anterior a lo que se denomina el fenómeno de globalización y, cuando aparece este fenómeno, lo que hace es avanzar y consolidarlo; tampoco se puede desconocer que la intensificación del fenómeno de la globalización ha afectado en unas dimensiones mayores el campo jurídico, desde la teoría del derecho hasta la práctica jurídica, lo que lleva a que se originen transformaciones y propuestas que reforman el derecho en su generalidad, es el caso de los modelos de Estado, que se internacionalizan por medio de los trasplantes que se realizan desde el norte global hacia el sur global, es el caso del Estado Social de Derecho, el Estado constitucional y democrático de derecho y el más relacionado con la globalización económica, el modelo estatal neoliberal:

En el siglo XIX Francia era el centro de la producción y transformación jurídica y se postuló como promotora del Estado de derecho legislativo. Por su parte, en el siglo XX, el protagonismo de Europa y Estados Unidos en la esfera política, social, económica y jurídica en el espacio global es indudable y se configuraron los antecedentes del Estado Social de Derecho a partir de sucesos en que estos Estados fueron centrales; la aparición plena del Estado Social de Derecho sería fruto de la posguerra y las organizaciones supranacionales que impulsarán la implementación de los derechos humanos en cada uno de los Estados miembros; a esto se suman las pretensiones estadounidenses de implementar de forma directa su modelo estatal en Estados latinoamericanos (Llano, 2017, p. 228).

Estos modelos estatales fueron implementándose paulatinamente en América Latina por medio de lo que se ha denominado trasplantes, debido a que son modelos recogidos de los Estados centrales que los propusieron y desarrollaron, la intención es reproducir las relaciones que se pueden catalogar desde una perspectiva como de dependencia académica, política y económica, hacia los Estados latinoamericanos o desde otro ángulo, simplemente como una forma de configurar relaciones internacionales donde quienes producen estos modelos tienen un mejor posicionamiento ante los receptores: "Los trasplantes jurídicos han sido fundamentales para la construcción y transformación del derecho en el mundo [...] La regla ha sido el diálogo, choque, imposición, resistencia y cambio de las normas, instituciones y conceptos que estructuran los sistemas jurídicos" (Bonilla, 2009, p. 11).

Para el caso de los modelos recientes de Estado constitucional y democrático de derecho, y el Estado neoliberal, por encontrarse en pleno proceso de globalización la implementación adquiere dimensiones de tensión y contradicción entre estos referentes estatales, el primero surge de la protección de los derechos fundamentales, el control constitucional, la supremacía de la Constitución y el activismo de los jueces, el segundo modelo es una propuesta estratégica que lidera los Estados Unidos hacia América Latina para expandir sus intereses representados en las empresas multinacionales y transnacionales, el libre mercado y la hegemonía política e incluso cultural:

(...) la crisis del Estado social y que daría paso al Estado neoliberal, contexto en el cual la propiedad privada y el libre mercado fueron los elementos esenciales para que la responsabilidad de las instituciones públicas de garantizar los derechos pasara a las empresas privadas [...] Ante el desmonte progresivo de los derechos constitucionales, hizo su aparición parcialmente, la propuesta de Estado constitucional y democrático de derecho [...] Los jueces locales de forma cotidiana profieren decisiones constitucionales para resolver parcialmente las demandas de los ciudadanos afectados por la vulneración de derechos (Llano, 2017, pp. 194-195).

Pero no solamente los modelos estatales se globalizan, también las distintas teorías del derecho se han internacionalizado desde la aparición del positivismo jurídico; sin embargo, con la globalización las recientes teorías del derecho llegan de una forma más directa; ya que los autores y los expertos de estas teorías comparten sus postulados personalmente con quienes las reciben e incorporan para sus transformaciones jurídicas por medio de foros, debates y clases; también la innovación en las tecnologías de la comunicación determina que las relaciones académicas sean más fluidas a través de redes sociales o videoconferencias, a esto se suma las publicaciones que llegan casi de forma inmediata a todas partes del mundo, es así como la difusión contemporánea del neoconstitucionalismo como teoría del derecho y los debates que esta suscita llegan inmediatamente a los sitios de recepción y se presenta el fenómeno de la globalización del derecho constitucional: "El neoconstitucionalismo [...] parece contar cada día con más seguidores sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina" (Carbonell, 2010, p. 161).

Este proceso de globalización del derecho constitucional, por medio del neoconstitucionalismo, fue determinante a través de los derechos fundamentales, que no solamente se limitaron a los Estados constitucionales, sino al contexto internacional, denominados derechos fundamentales internacionales, incluso, se considera que los derechos humanos internacionales son los que llevan a configurar en las constituciones los derechos constitucionales o fundamentales: "Las propias formulaciones oficiales de los derechos fundamentales (ya sea en la declaración, los pactos, convenios o cualquier otra figura del derecho internacional) reconocen un origen y sustancia" (Rojas, 2012, p. 176).

El cumplimiento o incumplimiento de los derechos se convertiría en un referente para evaluar las acciones de los Estados con sus ciudadanos y la proyección internacional, a mayor cumplimiento, la legitimidad en el orden internacional se fortalece, a menor cumplimiento de derechos el Estado entra en situación de fragilidad a nivel internacional, situación que presenta características particulares en América Latina, donde las orientaciones del FMI o el BM impulsan políticas económicas neoliberales desde el mismo

texto constitucional que contradicen los postulados y principios constitucionales que contemplan el cumplimiento de los derechos fundamentales:

Las constituciones de América Latina se enfrentan a una paradoja que puede ser llamada la paradoja del Estado social. Por un lado, dichas constituciones institucionalizan principios económicos neoliberales que fundamentaron las privatizaciones de los organismos del Estado que prestan servicios públicos relevantes para los derechos sociales [...] Por otro lado, también garantizan el principio del Estado social, un conjunto de derechos sociales exigibles ante los jueces y una dimensión positiva del derecho a la igualdad, que exige al Estado llevar acciones afirmativas para conseguir la igualdad de oportunidades (Bernal, 2018, p. 180).

También se han configurado derechos fundamentales propios del derecho internacional y que afectan a los Estados, por ejemplo, el caso del control de convencionalidad o los tribunales internacionales de justicia que actúan de acuerdo con declaraciones de derechos internacionales y regulaciones internas sobre su estructura:

Ese ha sido y es, precisamente, el control que usualmente han realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias cuando, al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de esta con las previsiones del derecho interno, de manera que, en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquella, ha ordenado a los Estados realizar la corrección de inconvencionalidad" (Brewer-Carías, 2013, p. 44).

Precisamente, cuando aparecen las relaciones constitucionales entre quienes practican el derecho constitucional como los jueces de las Altas Cortes que parte de sus decisiones, las realizan desde los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos por medio del bloque de constitucionalidad o las decisiones que toman por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre casos nacionales o locales por parte de integrantes o funcionarios estatales que vulneraron derechos humanos o tuvieron que asumir una respectiva investigación por la falta de eficacia de los jueces locales, se estaría en un contexto jurídico que se ha llamado transconstitucionalismo:

La cuestión es otra cuando se trata de transconstitucionalismo. En ese caso, el problema consiste en delinear las formas de relaciones entre ordenes jurídicos diversos [...] no solo es una diferenciación de niveles entre orden jurídico estatal, supranacional e internacional, también es la diferenciación funcional de órdenes jurídicos transnacionales,

desvinculados, por su transterritorialidad, del derecho estatal (Neves, 2013, pp. 115-116).

Para que el transconstitucionalismo o el constitucionalismo multinivel sean funcionales para el derecho, se necesita de relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos sea forma complementaria o de control por parte del derecho internacional; sin embargo, las relaciones entre lo transnacional, lo internacional, lo estatal y lo local es problemática, debido a las divisiones que se han construido desde el mismo proceso de globalización, donde los Estados centrales que han producido históricamente el derecho en lo teórico y lo práctico se dinamizan y los Estados periféricos han trasplantados los modelos estatales y jurídicos con resultados discutibles, lo que se ha determinado como el Norte Global y el Sur Global: "El derecho del Sur Global, históricamente, se ha considerado un elemento secundario de alguna de las principales tradiciones jurídicas del mundo. La mayoría de los sistemas jurídicos del Sur Global, de acuerdo con ese argumento, reproducen el derecho europeo o angloamericano" (Bonilla, 2015, p. 18).

Esta apreciación determina que las relaciones complementarias en un derecho global se encuentran imposibilitadas, debido a la situación de dependencia, dominación y resistencia entre el Norte Global y el Sur Global, por lo cual se deben replantear estas relaciones académicas y prácticas de una forma más equilibrada que lleve a un real transconstitucionalismo, para avanzar en una relación equilibrada después de varias décadas de trasplantes, América Latina debe posibilitar la creación de concepciones jurídicas más adecuadas a su realidad para consolidar las relaciones globales desde una perspectiva equilibrada: "..., la razón de ser de una forma teórica y práctica de derecho más comprometida con las sociedades emergentes desde el Sur (como las latinoamericanas) [...] en la posibilidad de mostrarse como recurso estratégico de resistencia contra las diversas modalidades de colonialismo" (Wolkmer, 2017, p. 227).

Al mismo tiempo que aparecen variedad de organizaciones internacionales que promueven un derecho internacional y global llegan las respectivas críticas por la falta de eficacia del derecho internacional, particularmente en lo que se refiere a los Derechos Humanos fundamentales y lo penal para quienes vulneran estos derechos, entrando en cuestionamiento el derecho constitucional de los Estados que, aun teniendo un catálogo de derechos fundamentales en sus constituciones, estos no logran cumplirse plenamente, igual sucede con el derecho internacional público que, a pesar de tener tratados internacionales de derechos que promueven el bienestar de la humanidad este no se implementa adecuadamente.

Teoría crítica del derecho, constitucionalismo crítico y su recepción en América Latina

La teoría del derecho ha sido ampliamente diversa que se considera como una de las más amplias de las ciencias sociales: "Los estudiantes que se enfrentan

por primera vez a *la teoría del derecho* quedan a menos desconcertados y abrumados por la abundancia desordenada del legado que tenemos del pensamiento jurídico" (Twining, 2005, p. 601), esta diversidad teórica se mantiene, pese al predominio del positivismo jurídico por varias décadas: "El positivismo teórico o formalismo jurídico se formula apoyándose en una visión del derecho como manifestación de la voluntad del Poder Legislativo [...]. Este iuspositivismo fue muy exitoso y predominó en la cultura jurídica universitaria continental, pero sufrió serios reveses" (Vigo, 2015, p. 27).

Paralelo a este proceso de dominación teórica del positivismo se encontraban variedad de teorías que cuestionaban sus distintos postulados, desde inicios del siglo XX, es el caso de la Escuela del derecho libre que tenía entre sus representantes más destacados a Eugen Ehrlich que propugna un derecho que proviene de las relaciones sociales, donde el juez realiza sus decisiones desde la concepción y práctica de justicia que parte de la sociedad: "El juez, mediante el derecho libre, debe examinar y ponderar los intereses en conflicto y emitir su veredicto de conformidad con el sentimiento de justicia dominante en la comunidad" (Muñoz, 2007, p. 240).

A la Escuela de Derecho Libre se le sumaba, desde las ciencias sociales, la crítica, como una postura teórica y epistemológica, entre los precursores de este movimiento se encontraba la Escuela de Frankfurt que realizaba críticas al positivismo que soportaba la ciencia moderna y las disciplinas como la sociología, la psicología y el derecho: "..., legitimación representada por la Escuela de Frankfurt, encuentra toda su inspiración teórica en la tradición racionalista que remonta a el criticismo kantiano, pasando por la dialéctica idealista hegeliana, por el subjetivismo psicoanalítico freudiano y culminando en la reinterpretación del materialismo" (Wolkmer, 2015, p. 30).

La teoría crítica, específicamente en el derecho, tiene avances particulares desde dos sitios de producción, precisamente, de donde provienen las teorías dominantes en el derecho por varias décadas, Estados Unidos y Europa y hace su aparición en las primeras décadas del siglo XX cuando el Estado y el derecho entraron de forma continua en crisis por diferentes acontecimientos que oscilaban entre transformaciones sociales, guerras mundiales, revoluciones y crisis económica internacional que surge como posibilidad interpretativa de la crisis y transformación jurídica, este sería un primer momento de auge de la teoría crítica del derecho, el segundo momento estaría en las décadas finales del siglo XX: "..., historia de Occidente hubo dos momentos [...] El primero tuvo lugar durante las tres décadas iniciales del siglo XX en Europa y Estados Unidos [...] En los años sesenta y hasta mediados de los ochenta surgió el segundo de los momentos críticos" (García y Saffon, 2011, pp. 9-10).

En los Estados Unidos la teoría crítica del derecho está relacionada con los diferentes enfoques y corrientes que han afectado la ciencia jurídica en una amplia dimensión y que se encuentra en las distintas prácticas del derecho como disciplina

científica, entre las corrientes que fueron antecedentes e incluían la perspectiva crítica se encuentra el realismo jurídico que como teoría es la que mayor recepción ha tenido tanto en el ámbito teórico como práctico en lo respectivo al contexto estadounidense: "Las pistas de Holmes inspiraron al movimiento del realismo jurídico estadounidense: en palabras de uno de sus mayores representantes, Karl Llewellyn, el realismo consideraba que el derecho es un medio para alcanzar los fines sociales y no un fin en sí" (González Jácome, 2017, p. 18).

Los avances, desarrollos y, particularmente, la aceptación de los científicos jurídicos estadounidenses de la teoría crítica del derecho en los Estados Unidos llevaría a la aparición del movimiento de los estudios jurídicos críticos que ha contado con el respaldo de las facultades, profesores, investigadores, profesionales y practicantes del derecho en los distintos puntos cardinales de los Estados Unidos: "El proyecto de los estudios jurídicos críticos tuvo su germen [...] de finales de los años sesenta a principios de los setenta [...] fijó el escenario para la gestación de una nueva camada de estudiantes, activistas y profesores de derecho rebeldes" (Moro, 2010, p.12).

En el contexto europeo la teoría crítica del derecho tendría sus desarrollos por medio de movimientos que se fueron consolidando por países como el derecho alternativo en Italia, "..., al sintagma uso alternativo del derecho, que fue utilizado para dar título a las aportaciones de un seminario de juristas celebrado entre los días 15 y 17 de mayo de 1972, en Catania, Italia, organizado por Pietro Barcellona" (Ibáñez, 2016, p. 442). El uso alternativo del derecho se configuraría como una respuesta al positivismo y al formalismo jurídico dominante, determinando un derecho que fuera más próximo a las realidades y que no pretendiera solamente castigar o penalizar, sino también conciliar y mirar otras posibilidades distintas a la penalización: "En Catania se reflexionó también sobre el papel del derecho y del jurista y el juez demócrata sobre la posible contribución de ambos como profesionales, en la perspectiva de una transición demócrata a una transición más justa" (Ibáñez, 2016, p. 442).

Pero no solamente en Italia se propuso una perspectiva crítica del derecho, que tuviera ruptura con el positivismo jurídico dominante, en contextos académicos de producción, en teoría del derecho como Francia, la crítica hizo su aparición, con postulados que impulsaban la relación del derecho con la realidad social: "Critique du Droit, como se llamó la asociación de juristas franceses que produjo la crítica jurídica en Francia, adoptó una posición teórica inspirada en Althusser [...] rechazaba el simplismo del positivismo tradicional de los juristas [...] calificaba su propio trabajo como "ciencia" (Correas, 2005, p.159).

La crítica del derecho proveniente del contexto europeo y estadounidense fue recibida de manera paulatina en América Latina por parte de varios académicos e instituciones universitarias que creaban tímidamente comprensiones de estos movimientos que percibían un derecho cercano a la realidad social, dado que este

postulado llevaría a que la crítica fuera acogida en el contexto latinoamericano con ciertas simpatías donde llegaban estas concepciones del derecho: “Las principales tendencias del pensamiento crítico del derecho trascienden los horizontes de la doctrina norteamericana y europea y se extiende largamente por los países latinoamericanos, especialmente México, Colombia, Argentina y Brasil” (Wolkmer, 2015, p. 60).

La teoría crítica se caracterizó inicialmente por realizar análisis generales sobre el derecho, luego, entraría a desarrollar estudios e intervenciones teóricas particulares sobre las áreas del derecho, creando movimientos y corrientes como la criminología crítica que afectó el derecho penal: “La criminología crítica subrayó el rompimiento con los estudios explicativos sobre las causas de la criminalidad [...] la criminalización obedecen a las características de una estructura socioeconómica desigual, soportada en una división de clases entre dominantes y desposeídos” (Silva, 2011, pp.335-336).

Precisamente, la criminología crítica llevaría a la preocupación por problemas sociojurídicos contemporáneos, como la relación de los medios de comunicación con las noticias del delito: “Las mismas ideas que formaron el corazón crítico de la sociología criminal sirvieron para impulsar los primeros estudios sobre las noticias del delito”, los análisis demostraron que, a partir de lo mediático, el campo o sistema jurídico es presionado para que se aumenten las penas para ciertos delitos que son instrumentalizados desde los medios de comunicación: “En las dos últimas décadas hemos visto con preocupación cómo, ante determinadas olas mediáticas, los poderes políticos y judiciales responden con más medidas represivas, en unos casos introduciendo cambios en la ley penal y siempre abonando la cultura punitiva” (Barata, 2006, 213).

Pero la teoría crítica también incursionó en el complejo derecho privado que se ha convertido en el referente para la reproducción del mercado, la globalización y el sistema capitalista contemporáneo, a través de postulados que tienen la pretensión de desvelar los intereses que subyacen a esta área del derecho y la forma en que se adecuan de acuerdo con las transformaciones de la ciencia jurídica y de las exigencias sociales:

El discurso de derechos e identidad parece, a primera vista, ser un fenómeno de derecho público y de familia. Pero, de hecho, es una verdadera lengua franca, igualmente aplicable a las leyes del mercado [...] Las historias de trato discriminatorio de una identidad dan origen, en el presente, a unas demandas económicas complejas contra los actores privados del mercado o contra los titulares de propiedad privada (Kennedy, 2015, p.108).

Incluso, el pluralismo jurídico, que ha sido un concepto proveniente de la teoría crítica del derecho y que se ha difundido por la sociología y la antropología jurídica para comprender los procesos de colonización y donde los derechos

locales son esenciales para mantenerse ante la imposición externa, o también para comprender la diversidad jurídica contemporánea y criticar las limitaciones del positivismo jurídico, ha sido recogido por el derecho comercial a través de la *lex mercatoria* y el fenómeno de globalización económica para justificar la regulación de los mercados y su expansión global: "..., no se arroja ninguna luz sobre el creciente número de regímenes jurídico-privados de carácter no estatal, cuando son precisamente estos regímenes los que han producido el denominado derecho global sin Estado, principal responsable de las múltiples dimensiones del pluralismo jurídico global" (Teubner, 2005, p. 121).

Pero sí el derecho privado tomó posiciones de la teoría crítica para adecuarse a la complejidad del fenómeno de globalización económica, en el derecho constitucional la crítica ha sido un acompañante esporádico de ciertas transformaciones constitucionales, con la aparición de los derechos sociales a mediados del siglo XX y la corriente neoconstitucional en los años 70 se produjo parcialmente ruptura con el predominio positivista que el movimiento crítico del derecho había cuestionado, desde distintos espacios académicos a nivel internacional, esta ruptura impulsaría la aparición de múltiples teorías constitucionales que innovarían el derecho constitucional como el constitucionalismo crítico que pretende una propuesta alternativa del constitucionalismo y que se encuentra soportado íntimamente en la teoría crítica: "Existe en el actual estado de desarrollo de los análisis y estudios constitucionales numerosas y excelentes manifestaciones críticas sobre múltiples aspectos [...] convertir la teoría en fundamento de la estrategia, para posibilitar un alterconstitucionalismo o mostrar que otro constitucionalismo es posible" (Martin, 2014, p.11).

Entre los postulados que caracterizan el constitucionalismo crítico se encuentra el cuestionamiento a la desigualdad y, particularmente, la exclusión, debido a que el constitucionalismo convencional parcialmente se opone a la desigualdad y en pocas circunstancias está en contra de la exclusión, por lo contrario, el constitucionalismo crítico se soporta en los excluidos para incorporarlos en el proceso constitucional:

..., los desiguales forman parte del orden social, están integrados en él [...] La exclusión, sin embargo, significa estar fuera de ese orden, [...] los excluidos son un resultado de su funcionamiento, pero no son necesarios ni como desiguales, inferiores o explotados porque son, estrictamente, el desecho del sistema. [...] se trata de que los excluidos en el anterior sistema constitucional son ahora la base de la Constitución configurada precisamente como medio para transformar y, en su caso, excluir el anterior orden jerárquico y social (Martin, 2014. pp. 60-61).

Este constitucionalismo crítico que se referencia cada día más por estudiosos y ciudadanos ha tenido múltiples avances, como lo sucedido en América Latina con la proclamación de las constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008)

y Bolivia (2009) y surge lo que se conoce como el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, que responde de forma parcial al desafío de crear propuestas y postulados constitucionales más adecuados a la realidad de la región, también toma fuerza lo que se conoce como constitucionalismo popular que tiene como concepto su desarrollo en Estados Unidos o el constitucionalismo transformador que se relaciona con las transformaciones jurídicas del Sur-Global.

El derecho como emancipación: una mirada hacia América Latina

En distintas teorías del derecho se presentan percepciones e interpretaciones diferentes, que configuran tendencias y corrientes, es el caso de la teoría crítica del derecho, para ciertas tendencias con posición marxista ortodoxa el derecho es una forma de dominación política y clasista, ya que representa los intereses de las elites y de los sectores económicos exclusivos, mientras que se aplica a los sectores marginados: "El discurso del derecho es, sin duda, un instrumento de dominación. Esta dominación se consigue, de entre muchas maneras, midiendo las conductas. Este es el uso del derecho [...] una tendencia que, desde sus inicios, se autocalifica de marxista" (Correas, 2005, pp. 163-164).

Desde la perspectiva marxista, el derecho, como se conoce en occidente, debe confrontarse hasta que la revolución social aparezca y se pueda construir un nuevo orden social donde el derecho y su práctica jurídica sea algo mínimo, debido a que es considerado un instrumento de dominación por parte de quienes están en el poder: "..., versión marxista ortodoxa del instrumentalismo, por ejemplo, el derecho "burgués" no es solo el producto de las exigencias de un grupo, sino específicamente de las exigencias de la clase dominante capitalista [...] determina [...] el mundo "blando" de las reglas y procesos jurídicos" (Gordon, 2001, p.196).

A esta posición regida sobre el derecho, en los críticos aparecen otras posibilidades de interpretación y de creación teórica, sin abandonar ciertos postulados del marxismo, lo que se ha denominado neomarxismo, que reconocen la existencia de movimientos sociales reivindicativos que han logrado por medio de sus actividades y acciones dentro del mismo derecho logros importantes para las poblaciones donde tienen incidencia ideológica y política: "..., los críticos, en general, prefieren una visión neomarxista, según la cual la dominación social no resulta de una manera exclusiva de la dominación económica, sino también de la dominación cultural [...] introduce [...] determinación en las tareas del Estado y del derecho (García, 2001, p.13).

Los defensores de esta posición han considerado que el derecho no solamente se limita a la dominación, sino que también es resultado de reivindicaciones y transformaciones sociales y, en ciertos casos, promueve procesos de movilización social y se convierte en una posibilidad de emancipación: "La tensión entre regulación y emancipación social se basaba en la discrepancia entre las experiencias sociales (presente) y las expectativas sociales (futuro), entre una vida

social y personal en curso injusta, difícil y precaria y un futuro mejor, más justo” (Santos, 2009, p.444). Por esa dicotomía entre regulación y emancipación, donde la regulación ha sido la dominante por parte de las instituciones estatales y los particulares con acumulación de capital, se hace necesario una reelaboración de la emancipación: “..., el conocimiento de la emancipación está así de absorbido por el conocimiento de la regulación y, por eso, resulta difícil pensar la emancipación, Por eso es necesario pensar en otros mecanismos y reinventar la emancipación social (Santos, 2009, p. 140).

La reinención de la emancipación se está dando desde el Sur, a partir de procesos organizativos que reivindican los derechos culturales, es el caso de la diversidad de grupos étnicos que se encuentran ubicados en América Latina que, por medio de relaciones interculturales entre las distintas comunidades indígenas, afros, campesinas, pobladores urbanos marginados, entre otras, logran alianzas que permiten avanzar en sus procesos reivindicativos: “..., el diálogo intercultural [...] No son concesiones gratuitas y naturales, sino que consiguen, mediante una acción voluntaria y deliberada, pero, a través de no pocos conflictos, enfrentamientos y sufrimientos humanos en defensa de la autonomía y la dignidad humana” (Fariñas, 2014, p. 80)

A partir de relaciones interculturales y los movimientos emancipatorios, que se complementan mutuamente para una renovación de la humanidad en época de crisis, en las últimas décadas los procesos y movimientos alternativos y reivindicativos han sido constantes en diferentes puntos geográficos del globo, las organizaciones antiglobalización y antisistema se reproducen en proporción con las dificultades económicas y en contravía de las políticas neoliberales que fortalecen las empresas transnacionales y multinacionales en detrimento de los trabajadores, los ecosistemas y el medio ambiente: “Después de Seattle, la serie continua de manifestaciones alrededor del mundo en contra de los encuentros entre gobiernos inspirados por el plan de trabajo neoliberal condujo a su vez a la construcción del Foro Social Mundial” (Wallerstein.2006 p.172)

Pero no solamente los movimientos antiglobalización son referencia de emancipación, también han surgido movimientos que intentan reivindicar identidades y recobrar los derechos de los grupos marginados, es el caso de Suramérica, donde movimientos sociales han retomado las instancias de decisión estatal, por eso varios Estados han resurgido con propuestas organizativas e institucionales más adecuados a su realidad y sus tradiciones culturales: “..., las luchas más avanzadas y ofensivas podemos incluir los movimientos indígenas que han conducido al constitucionalismo transformador de Bolivia y Ecuador, la Revolución Bolivariana, el nuevo nacionalismo en términos de control de los recursos naturales y la construcción de Estados plurinacionales”(Santos, 2010, p.63).

Estos procesos de emancipación tienen, en parte, soporte en el derecho, con la proclamación de constituciones de carácter progresista y democrática

como lo sucedido de forma más reciente en Ecuador (2008) y Bolivia (2009) donde se reconocen las tradiciones y costumbres de los pueblos originarios y se referencian principios como la pacha mama, la relación hombre con la naturaleza o el buen vivir que realizan ruptura con las concepciones jurídicas de carácter positivo, demostrando que el derecho no solamente es para la dominación, sino también para la emancipación, que tiene en parte su configuración con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: "El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano plasma la reconstrucción de las subjetividades ancestrales. Los sujetos (culturas) que la visión europea tornó invisibles epistemológicamente precisan ser rescatados y valorizados [...] Esa nueva epistemología exige un modo de conocer dialógico-dialéctico de los saberes que fueron históricamente sofocados" (Marques Júnior, 2014, p. 100).

La dominación o la emancipación tienen en el derecho una fuente central para las situaciones que se desprenden del fenómeno de globalización, por la parte de los que promueven la dominación se encuentra el derecho privado internacional que reproduce los intereses de las empresas transnacionales, el mercado global, las instituciones financieras internacionales, entre otros actores privados que se benefician de esta regulación internacional; por el lado de la emancipación se encuentra el derecho internacional de los derechos humanos, la epistemología del Sur en lo respectivo a nuevos derechos de la humanidad y, de las tradiciones y costumbres de los pueblos diferenciados, las acciones jurídicas de las ONG internacionales y los movimientos sociales en diferentes lugares del mundo, estas dos posiciones que se consolidan en la globalización y que se confrontan constantemente logran la innovación permanente del derecho contemporáneo.

Conclusión

Las transformaciones constitucionales que se han originado por corrientes más amplias del derecho que cuestionan el positivismo jurídico y su aliado el formalismo que, por décadas fue el enfoque predominante en el derecho como el neoconstitucionalismo, han determinado una concepción innovadora en la ciencia jurídica, donde los bienes de la humanidad son protegidos por los derechos fundamentales nacionales e internacionales; pero esta corriente no se limita a los derechos, también ha impulsado el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho en diferentes lugares del globo y logra referenciarse como una forma de organización estatal incluyente y pluralista. En este contexto teórico-práctico del derecho se posibilita el surgimiento del constitucionalismo crítico y el constitucionalismo popular como la posibilidad que tienen los ciudadanos y los pueblos para determinar sus derroteros constitucionales. Estas concepciones se han globalizado permitiendo que la preocupación ambiental sea un derecho, sino también se impidan por parte de diversas comunidades locales se impacten sus territorios, pretensiones que logran realizarse por los apoyos de las comunidades y organizaciones locales que les preocupa el deterioro ambiental, ya que el medio ambiente es recurso de la humanidad en su conjunto. Estas deliberaciones son

las que esperan en las complejidades que se llevan a cabo en el contexto global contemporáneo y donde el derecho afortunadamente también se transforma y se adecua a estos desafíos contemporáneos.

Referencias bibliográficas

- Barata, F. (2006). De periodismos y criminologías. En: Iñaki Rivera, et al. (Coordinadores). *Contornos y pliegues del derecho*. Homenaje a Roberto Bergalli. Barcelona: Anthropos.
- Becerra Ramírez, M. (2012). *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: UNAM.
- Bernal Pulido, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bonilla Maldonado, D. (2015). Hacia un constitucionalismo del Sur Global. En: *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Bonilla Maldonado, D. (2009). Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate. En: Daniel Bonilla Maldonado (Editor). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Brewer-Carías, A. R. (2013). El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. En: Allan Brewer-Carías y Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, M. (2010). El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En: *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Correas, O. (2005). *Crítica de la ideología jurídica ensayo sociosemiológico*. México: Ediciones Coyoacán.
- Figueroa Bastidas, G. (2015) La responsabilidad internacional agravada en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. En: *Responsabilidad internacional del Estado encrucijada entre sistemas para la protección de los derechos humanos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Ferrajoli, L. (2013). *Derechos sociales y esfera pública mundial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gallardo, H. (2007). *Democratización y democracia en América Latina*. Bogotá: Ediciones desde Abajo.
- García Villegas, M. y Saffon, magistrado ponente (2011). *Un siglo de crítica jurídica: crítica jurídica comparada*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- García Villegas, M. (2011). Sociología y crítica jurídica en Estados Unidos. En: *Crítica jurídica comparada*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- García Villegas, M. (2001). Estudio preliminar. En: Mauricio García Villegas. Sociología jurídica. *Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Gessner, V. (2013). El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización. México. UNAM.

- González Jácome, J. (2017). Los debates sobre la historia del derecho: De las teorías reflejo a la relativa autonomía del campo jurídico. En: *Historias críticas del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Gordon, R. (2001) Algunas teorías críticas del derecho y sus críticos. En: Mauricio García Villegas. *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ibáñez, A. P. (2016). El uso alternativo como aplicación constitucional del derecho. En: Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico: ensaios críticos em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho. Río de Janeiro: Lumen Iuris.
- Julios-Campuzano, A. (2008). El paradigma jurídico de la globalización. En: ¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: Pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos. Madrid: Dykinson.
- Kennedy, D. (2015). *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Llano Franco, J. V. (2017). *Teoría del Estado y del derecho*. Pluralismo jurídico. Bogotá: Ibáñez.
- Llano Franco, J. V. (2017). Constitucionalismo en América Latina, Reto para la justicia constitucional. En: Liliana Estupiñán, Carlos Hernández y William Jiménez (editores). *Tribunales y justicia constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad Libre.
- Marques Júnior, W. P. (2014). A epistemología emancipatoria, inclusiva e participativa do novo constitucionalismo democrático latinoamericano. En: Roberto Alfonso Viciano Pastor, et al. *Constitucionalismo democrático e integração da América do Sul*.
- Martín, C. de C. (2014). *Pensamiento crítico. Constitucionalismo crítico*. Madrid: Trotta
- Moro, G. (2010). Introducción. En: Duncan Kennedy. *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo del Hombre.
- Neves, M. (2013). *Transconstitucionalismo*. Sao Paulo: wmfmartinsfontes
- Muñoz Rocha, C. L. (2012). *Teoría del derecho*. México: Oxford University Press.
- Robinson, W. I. (2007). *Una teoría sobre el capitalismo global. Producción, clases y Estado en un mundo transnacional*. Bogotá: Ediciones desde Abajo
- Rojas, González, G. (2012). *De la justicia a los derechos fundamentales. Una lectura desde el realismo jurídico clásico*. Bogotá: Temis.
- Santos, B. de S. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Bogotá: Siglo del hombre y Universidad de los Andes.
- Santos, B. de S. (2009). *Pensar el Estado y la sociedad: Desafíos actuales*. Buenos Aires: Clacso.
- Santos, B. de S. (2009). *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA.
- Silva García, G. (2011). *Criminología construcciones sociales e innovaciones teóricas*. Bogotá: ILAE.
- Sorensen, M. (2012). *Manual de derecho internacional público*. México: F. C. E.
- Teubner, G. (2005). *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad*

- global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Twining, W. (2005). *Teoría general del derecho*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez n. ° 39. Granada: Universidad de Granada
 - Vigo, R. (2015). *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo*. Coincidencias y diferencias. Bogotá: Universidad Libre.
 - Wolkmer, A. C. (2017). *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. México: Akal.
 - Wolkmer, A. C. (2015). *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva
 - Wallerstein, I. (2006). *La decadencia del poder estadounidense* (Estados Unidos en un mundo caótico). Bogotá: *Le Monde Diplomatique*.

Lenguaje jurídico, filosofía del derecho y teoría jurídica se terminó de imprimir en agosto de 2019.

Para su elaboración se utilizó papel bond beige de 70 gramos en páginas interiores y papel propalcote de 280 gramos para la carátula.

Las fuentes tipográficas empleadas son Segoe UI (Light) 10,5 puntos en texto corrido y Segoe UI (Bold) 20 y 10,5 puntos en capítulos y títulos, respectivamente.

PUBLICACIONES

Editor de la obra *Ética y construcción de ciudadanía*. ISBN 978-958-8791-62-3. Número de páginas: 260. Fecha de publicación: diciembre de 2014, Bogotá.

Editor del texto *Filosofía del derecho y sociología jurídica*. ISBN 978-958-8791-57-9. Número de páginas: 308. Fecha de publicación: noviembre de 2014, Bogotá.

Editor del libro *Filosofía y derechos humanos*. ISBN 978-958-8791-54-8. Número de páginas: 240. Fecha de publicación: noviembre de 2014, Bogotá.

Editor de la obra *Disertaciones de la filosofía del derecho y la argumentación*. ISBN 978-958-8791-01-2. Número de páginas: 404. Fecha de publicación: octubre de 2012, Bogotá.

Editor del libro *Hannah Arendt, Albert Camus y James M.G. Buchanan*. ISBN 978-958-8534-95-4. Número de páginas: 244. Fecha de publicación: septiembre de 2012, Bogotá.

Editor de la obra *La urbe global y el gobierno de la vida humana*. ISBN 978-958-8534-80-0. Número de páginas: 276. Fecha de publicación: junio de 2012, Bogotá.



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**