

EDICIÓN

57

Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE



Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 57, enero - junio de 2022
<http://dx.doi.org/10.14482/dere.53.001>
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (on line)

UNIVERSIDAD DEL NORTE

Adolfo Meisel Roca
RECTOR

Alberto Madero Rincón
DECANO DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y
RELACIONES INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD
DEL NORTE

Karen Cabrera Peña
EDITORA

Laura Pérez Arteta
ASISTENTE EDITORIAL

COMITÉ EDITORIAL

Viridiana Molinares Hassan
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Juan Luis Goldenberg Serrano
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA (CHILE)

Julia Sandra Bernal Crespo
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Fernando López Ramón
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (ESPAÑA)

José María Miquel González
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Angel Menéndez Rexach
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Andrés Botero Bernal
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER (COLOMBIA)

Mario Alberto Cajas Sarria
UNIVERSIDAD ICESI (COLOMBIA)

COMITÉ CIENTÍFICO

Daniel Bonilla
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLOMBIA)

Beatriz Londoño Toro
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO (COLOMBIA)

María Lourdes Ramírez
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

Andrea Macía Morillo
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

María Amparo Alcoceba
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID (ESPAÑA)

José María Gabilondo
FLORIDA INTERNATIONAL UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

David J. Myers
PENN STATE UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

Ricardo Rivero Ortega
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

Pilar Benavente Moreda
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

Carlos Mario Molina
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN (COLOMBIA)

La REVISTA DE DERECHO es una publicación semestral de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte.

Está incluida en:

- Index Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas de Colciencias –PUBLINDEX– **Categoría B** (<http://www.colciencias.gov.co/scienti/publindex/>).
- SciELO Citation Index - Thompson Reuters
- DOAJ - Directory of Open Access Journals
- Ulrich's Periodicals Directory
- SciELO: Scientific Electronic Library Online (www.scielo.org.co).
- REDALYC: Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (<http://redalyc.uaemex.mx/>).
- LATINDEX: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (www.latindex.unam.mx).
- Bases de datos LEXBASE, EBSCO y DIALNET.
- CLASE: Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (<http://clase.unam.mx/>)
- ERIH PLUS: European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences (ERIH PLUS). <https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/index>

Se autoriza la reproducción total o parcial de su contenido siempre y cuando se cite la fuente. Los conceptos expresados son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/rderecho@uninorte.edu.co>
<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/issue/view/500>



Dirección postal
División de Derecho, Ciencia Política
y Relaciones Internacionales
Universidad del Norte
Apartado aéreo 1569
Barranquilla (Colombia)

Realización de
Editorial de la Universidad del Norte

Coordinación editorial
María Margarita Mendoza

Asistente editorial
Isabella Rendón Barros

Arte y diseño
Joaquín Camargo Valle

Diagramación
Álvaro Carrillo Barraza

Procesos técnicos
Munir Kharfan de los Reyes

Corrección de textos
Henry Stein
Iván Yunis

Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 57, enero - junio de 2022
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

CONTENIDO/*CONTENT*

vi **Editorial**

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

9..... **Situaciones de discapacidad de las víctimas del
conflicto armado residentes en Montería**

Situations of disability of the victims of the armed conflict residents in Montería

Eduard Felipe Negrete Doria
Universidad Cooperativa de Colombia

20..... **Fundamentos jurídicos del acuerdo agrario para la paz colombiana**

Legal basis for the Colombian peace agricultural agreement

Fernando López Ramón
Universidad de Zaragoza, España

54..... **Seguro obligatorio para padres y madres trabajadores de
niños y niñas afectados por una condición grave de salud:
Una nueva regulación en Chile**

*Compulsory insurance for working parents of children affected by
a serious health condition: A new regulation in Chile*

Yenny Pinto Sarmiento
Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

83..... **El “estado de excepción”: ¿Un instrumento de la democracia?**

The “state of exception”: an instrument of democracy?

Joaquín Ordóñez
Alejandra Flores Martínez
Universidad Autónoma del Estado de México, México

105 **El embrión humano fecundado *in vivo* vs. el embrión humano fecundado *in vitro*: un análisis de los derechos, de estas dos formas de concepción de vida, en el derecho comparado y Colombia**

The human embryo fertilized in vivo vs. the human embryo fertilized in vitro: An analysis of the rights, of these two forms of conception of life, in comparative law and Colombia

Elías Bermeo Antury
Escuelas de Administración Pública (ESAP), Colombia

José Eduardo Corredor Torres
Universidad del Tolima, ESAP, UBJ, Colombia

133..... **Fines for illegal trade of wild fauna: A Difficult to Impose Sanction in Colombia?**

Multas al tráfico ilegal de fauna silvestre: ¿Una sanción difícil de imponer en Colombia?

Natalia Ramírez-Zamudio
Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia

155..... **Social Representations of Water Resources and Services in the COVID-19 Era**

Representaciones sociales de los recursos y servicios hídricos en la era covid-19

José Marcos Bustos Aguayo
University of Mexico, Zaragoza

Margarita Juárez Nájera
Metropolitan University, Azcapotzalco Unit

Francisco Rubén Sandoval Vázquez
University of the State of Morelo, México

Cruz García Lirios
University of the State of Mexico, Huehuetoca

166 **Efectos de la prisionalización en el adulto mayor recluso en la Prisión Provincial de Ciego de Ávila en Cuba**

Effects of the prisionalization on in the adult bigger prisoner in the Prison County of Ciego de Ávila in Cuba

Celín Pérez Nájera

Lisbet Castro García

Williams Téllez Dacal
Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Cuba

186 **El giro hacia el Sur en el derecho constitucional comparado Ensayo sobre el libro Comparative Constitutional Law and the Global South**

The turn towards the South in Comparative Constitutional Law Review essay on the book Comparative Constitutional Law and the Global South

Daniel Bonilla Maldonado
Universidad de los Andes, Colombia





**Revista *de*
Derecho**

EDITORIAL

**Derecho y tecnología
después de la pandemia**

Law and Technology After the Pandemic

K A R E N I S A B E L C A B R E R A P E Ñ A

Abogada de la Universidad del Norte y doctora en Derecho de la Universidad del Rosario. Profesora asistente e investigadora de la división de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte.
cabrerak@uninorte.edu.co

En la crisis de la pandemia de COVID-19 y con las medidas adoptadas por el Estado de confinamiento social, sin lugar a dudas se vivieron grandes transformaciones para nuestra sociedad en las que se vio involucrada muchas veces la tecnología. Nuestras reuniones se volcaron a los servicios de videoconferencia; muchos tuvimos que desempeñar nuestras labores desde casa de forma virtual; las clases en todos los niveles académicos también se volvieron virtuales y aprendimos a hacer compras –de casi cualquier tipo de producto– a través de aplicaciones; sin contar con todos los servicios que se transformaron para ser ofrecidos por APP y programas interactivos.

Por supuesto, estos cambios en las relaciones de consumo, procesos de enseñanza en los modelos educativos y hasta en el diario vivir también trajeron grandes desafíos para el quehacer del derecho y en particular para los abogados.

La pandemia nos retó y debimos cambiar. Por ejemplo, muchos contratos y acuerdos dejaron de plasmarse en papel para ser discutidos y perfeccionados por correo electrónico y páginas web; la firma electrónica –y en particular la firma digital–, ya regulada por el Decreto 2364 de 2012, empezó a emplearse más. Asimismo, aun cuando el teletrabajo ya se encontraba reglamentado por la Ley 1221 de 2018, fue necesario que el Ministerio de Trabajo expidiera circulares, como la 021 de marzo de 2020, para que se estipularan nuevas condiciones para los trabajadores en esta nueva realidad laboral.

Por otro lado, debieron plantearse nuevas discusiones jurídicas; muchas de ellas han estado encaminadas a la imposibilidad de cumplir los contratos por las medidas restrictivas de aislamiento y cierre de comercio que fueron adoptadas por el Estado y cómo figuras como la teoría de la imprevisión, abuso del derecho y hasta el principio de buena fe podían devolver el equilibrio negocial del contrato o darlo por terminado. Otras también han estado dirigidas al cuestionamiento sobre la utilización que se hace de nuestros datos en aplicaciones como CoronApp, que recopilan y analizan información de nuestro estado de salud –considerados como datos sensibles– y son protegidos por leyes de hábeas data.

De igual forma, dimos el salto a la justicia digital, que ya desde la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia) facultaba al juez para utilizar medios tecnológicos para el desarrollo de sus funciones y que con el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 se consolidó, en el marco de la pandemia, con la habilitación de correos electrónicos para asuntos como las notificaciones y presentaciones, y la instauración de una aplicación de la Rama Judicial para llevar a cabo actuaciones procesales.

Con el paso del tiempo, nos adoptamos a todos estos cambios y asumimos conductas para vivir en esta inusual época. Sin embargo, las medidas restrictivas han venido cediendo y ahora nos encontramos retomando casi que por completo la antigua cotidianidad, lo que trae la disyuntiva sobre si las medidas y cambios adoptados por la pandemia deben obviarse o sí, por el contrario, muchas deben establecerse como leyes y políticas permanentes.

Uno de los casos se presenta con el Decreto 806 de 2020, que tiene una vigencia de dos años, lo que quiere decir que está próximo a vencerse, en el cual se ha abierto la discusión sobre qué medidas implementadas de las tecnologías de la información deben mantenerse o si realmente los cambios incorporados en la pandemia han permitido que la justicia tenga un mejor funcionamiento, teniendo en cuenta que en los últimos años ha habido un gran cuestionamiento sobre la gran congestión judicial que hay en el país.

La anterior discusión y todas aquellas que puedan generarse sobre las prácticas en las que se ve inmerso el derecho no deben perderse de vista, y es esta –tal vez– la oportunidad para que juristas, abogados y, por supuesto, académicos e investigadores, aborden estos temas, pues los medios tecnológicos y de digitalización son herramientas que han permeado casi que todas las esferas de nuestras vidas, desde mucho antes de los tiempos de COVID-19, y son un vehículo clave para modernizar la justicia e impulsar nuevas y mejores formas de ejercer el derecho.

Situaciones de discapacidad de las víctimas del conflicto armado residentes en Montería¹

*Situations of disability of the victims of the
armed conflict residents in Monteria*

EDUARD FELIPE NEGRETE DORIA

Magíster en Derecho, especialista en Derecho procesal público, constitucional, penal y criminología y derecho administrativo, licenciado en Ciencias Sociales y abogado, Universidad Cooperativa de Colombia. Profesor de tiempo completo. Carrera 52 n°. 6-79 Montería, Colombia. Eduardo.negrete@campusucc.edu.co

¹ Artículo de investigación dentro del macroproyecto “Territorialidad y postconflicto”, en mi condición de profesor de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia.

Resumen

Este artículo de resultado tiene como objetivo determinar las estrategias jurídicas y políticas del gobierno municipal de Montería para implementar mecanismos de rehabilitación y reparación integral de las víctimas en situación de discapacidad. El tipo de investigación realizada fue la analítica, ya que analizó las estrategias jurídicas y políticas llevadas a cabo por parte del gobierno municipal de Montería y su implementación en derechos humanos encaminadas a la rehabilitación y reparación integral de la población en situación de discapacidad víctima del conflicto armado desde las perspectivas de las víctimas. El método aplicado el hipotético deductivo. Las técnicas de recolección de la información de carácter cualitativo y cuantitativo sobre análisis documental de textos y sobre datos procesados derivados de encuestas y entrevistas aplicadas a 16 personas seleccionadas mediante muestreo intencional con base en información de bases de datos de la Unidad de Víctimas del departamento de Córdoba. Se procedió a la aplicación de prueba piloto de cuatro personas identificadas como tal. Se aplicó entrevista a cuatro exmilitares y a ocho víctimas residentes en la ciudad. La información permite identificar un incremento de la población que exige atención pronta para disminuir sus necesidades básicas insatisfechas que ameritan claridad sobre la implementación de los mecanismos gubernamentales usados. Se adoptó la teoría de la justicia de Jhon Rawls, en cuanto coadyuva la tesis del bienestar general e inclusión social por parte del Estado dentro del marco de la justicia transicional, en un contexto que obliga a revisar los mecanismos de cumplimiento de compromisos internacionales y nacionales establecidos en las normativas y principios del derecho internacional público que imponen la necesidad de la reinversión y redistribución de los recursos, concluyendo que en el caso particular hacen falta adelantar unas políticas integrales de atención a las víctimas con especial situación.

PALABRAS CLAVE

Situación de discapacidad, reparación y rehabilitación, Inclusión social, justicia distributiva.

Abstract

This article of result aims at determine the juridical and political strategies of the Local Government of Monteria to implement mechanisms of rehabilitation and reparation for victims in situations of disability. The kind of research made was analytic and the juridical and political strategies of the Local Government of Monteria were analyzed and also their implementation from the victims's eyes, in Human Rights geared to the rehabilitation and reparation for the population in situations of disability which are victims of the armed conflict. The method of research that was applied was the hypothetical deductive. The techniques of data collection of quality and quantity about documental analysis of texts and data processed

derived by polls and interviews applied to 16 selected people through purposive sampling based on data base of the Victims Unit of the department of Cordoba. Also, it was made a pilot test with 4 identified people. The interview was applied to 4 ex militaries and 8 victim's residents in the city. The information allows to identify an increase of the population that claims speedy attention to reduce their basic unsatisfied needs that truly merit clarity about the implementation of the applied mechanisms of the Government. The theory of Justice of John Rawls was adopted, because it helps to the thesis of general benefit and social inclusion by the State referent of transitional Justice in a context that dictates to review the accomplishment mechanisms of the international and National undertakings established in the laws and inside the Law principles of the International Public Law that impose the necessity of reinvestment and redistribution of the sources, concluding that in this particular case there are lacking integral politics of attention to the victims in special conditions.

KEYWORDS

Situation of disability, reparation and rehabilitation, social inclusion, distributive justice.

1. INTRODUCCIÓN

La situación de discapacidad de las víctimas residentes en Montería persiste. Es un fenómeno que se ha mantenido porque el Estado no ha logrado cumplir con sus obligaciones respecto a toda la población afectada. Se ha dado incluso la revictimización.

El diseño del Estado de derecho necesita ser desarrollado en forma integral en asuntos de reparación y rehabilitación en Latinoamérica, Colombia y en Montería. El informe del Dane con cifras elevadas de necesidades básicas insatisfechas demuestra una dificultad que debe superarse (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [Dane], 2012).

Los niveles reales de atención a la población en situación de discapacidad residente suministrados por la administración municipal de Montería y la eficacia de las políticas públicas de inversión según los criterios de la Convención Internacional permiten indicar algunos criterios de obligación estatal sobre cómo cumplir la normativa internacional en concordancia con la Constitución Política, la Ley de Víctimas y la jurisprudencia emanadas de la Corte Constitucional colombiana sobre derechos fundamentales. Así mismo, las necesidades básicas insatisfechas son la base de reclamo que deben estar vinculadas a los planes de inversión con el fin de garantizar sus derechos (Ángel et al., 2016).

En este artículo se aplica el análisis descriptivo. Se apoya en fuentes documentales específicas sobre las personas en situación de discapacidad conforme a los criterios de la Convención Internacional. Presenta un análisis conceptual con apoyo en categorías del conocimiento. Se revisó la literatura científica y jurídica. Da cuenta de reflexiones críticas socializadas en diferentes partes de Colombia a través de encuentros de investigación. El proceso de registro de datos fue riguroso, y el diseño de los cuestionarios permite ubicar el contexto de la población mediante cifras formales que arroja la muestra. Estos datos se articulan con base en los fundamentos de la justicia distributiva planteada por Jhon Rawls (2006) en la medida que propone la necesidad de promover el máximo de beneficio y utilidad para el mayor número de personas posibles, como resultado de un utilitarismo social. También siguiendo a Luhmann (2006) respecto a los sistemas sociales y bajo los criterios de inclusión y equidad sociales en la que predomina la necesidad de integrar los procesos de comunicación entre los diferentes niveles sociales en pro de los derechos humanos.

Según Rawls (2001):

Nuestra esperanza en el futuro de nuestra sociedad descansa en la creencia de que la naturaleza del mundo social permite a las democracias constitucionales razonablemente justas existir como miembros de la sociedad de los pueblos. En un mundo como ése, los pueblos liberales y decentes alcanzarían la paz y la justicia dentro y fuera de sus territorios. La idea de esta sociedad es utópica de modo realista en cuanto describe un mundo social alcanzable que combina equidad política y justicia para todos los pueblos liberales y decentes en una sociedad de los pueblos. (p. 15)

Rawls plantea en un minimalismo que no compagina con la sociedad global en clave con el concepto de dignidad y derechos humanos que va más allá de las fronteras conceptuales propuesta por el autor. La posibilidad del tratamiento de segunda para Rawls se destaca en una sociedad jerarquizada moderna que no cumple las expectativas y que, para el caso colombiano, aunque regulada en la Ley de Víctimas como prioridad no alcanza su desarrollo como política pública sistemática y coherente acorde con un plan de desarrollo que los vincule necesariamente. Esta falencia permite hacer los cuestionamientos que los entrevistados revelan

El objetivo general fue determinar las estrategias jurídicas y políticas llevadas a cabo por parte del gobierno municipal de Montería y su implementación en derechos humanos encaminadas a la rehabilitación y reparación integral de la población en situación de discapacidad y que además es víctima del conflicto armado.

Con este artículo se procura mostrar la necesidad de mejorar las condiciones de vida de la población partiendo de la misma realidad observada y estudiada que exige de viva voz apoyo estatal.

Interrogante y justificación

¿Cuál es la política pública que el municipio de Montería debe implementar para efectuar un proceso de inclusión social integral de la población en situación de discapacidad víctima del conflicto armado que logre impactar conforme a las garantías constitucionales y convencionales internacionales?

Las políticas mundiales para la destrucción del hambre y la miseria por instituciones como la FAO no han sido suficientes en Latinoamérica y el Caribe, pero existe una política clara en cuanto a los efectos de los conflictos y el desarrollo, tal como se explicó en la cumbre mundial de junio de 2002. Sin embargo, en cuanto a los fenómenos de violación de derechos humanos, el panorama es desolador especialmente en continentes como África, Asia y América Latina donde se encuentra el mayor número de cinturones de miseria humana y de vulnerabilidad, Montería no ha sido la excepción.

El aporte de esta investigación se evidencia en la descripción de la realidad social monteriana sobre el fenómeno de exclusión social en poblaciones con situación de discapacidad, que registra las necesidades y expectativas de la población partiendo de criterios como el cumplimiento de la Convención Internacional. Propone una crítica frente a la frialdad de las cifras gubernamentales y los avances en los procesos de inclusión en la cotidianidad de Montería. establece un contraste de distancias socioeconómicas no explicadas por el Estado colombiano por su incumplimiento frente a los pactos internacionales de derechos humanos.

2. METODOLOGÍA

Se hizo uso del modelo epistémico estructuralista con tipo de investigación analítica. El método utilizado fue el del análisis estructural de las políticas públicas y los principios de inclusión social y equidad. Las técnicas de análisis fueron la documental en bases de datos sobre normas, jurisprudencia y artículos de investigación. También, sobre el análisis aplicado a datos recogidos en técnicas de entrevistas y encuestas. Se organizaron los textos con base en el uso de categorías del conocimiento teniendo en cuenta los criterios encontrados en la Convención Internacional (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2006). Los conceptos básicos, las palabras claves se usaron conforme al análisis de “matriz de categorías” (Hurtado, 2012, p. 859). Se accedió a la información de antecedentes de investigación mediante la búsqueda en bases de datos de Google y repositorios de diferentes universidades, que sirvieron para el diseño de entrevistas y encuestas. Se tomó como población la registrada en bases de datos: 129 886 víctimas (informe de la Coordinación Regional de Víctimas). La población referenciada la conformaron 501 víctimas con discapacidad y 144 registradas. Se aplicó muestreo aleatorio simple, a 16 personas en total: 4 víctimas del conflicto armado en (prueba piloto), 4 exmilitares, mediante entrevista semiestructurada, y 8 víctimas desplazadas del conflicto, mediante encuesta; todas ellas, residentes en la ciudad. Se obtuvo el consentimiento informado de todas ellas, previa explicación del objeto y fin del instrumento, tanto para la prueba piloto como para las demás. Luego de ello, y habiendo confirmado su utilidad, se procedió a la aplicación formal de los instrumentos. La encuesta contenía 26 preguntas simples relativas a los criterios de la Convención Internacional. Se aplicó entrevista semiestructurada a cuatro exmilitares y encuesta con base en los mismos criterios de la Convención Internacional a 8 personas. En el procedimiento de aplicación intervinieron dos estudiantes del semillero de investigación Scientiuris, de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Montería. La encuesta se aplicó en la Coordinación Regional de Víctimas. Los estudiantes apoyaron el proceso de forma coordinada y la aplicaron las encuestas, mientras que las entrevistas fueron aplicadas por el investigador en tiempos diferentes durante noviembre de 2017. Para llevar a cabo la decodificación de la información se organizó la información recogida, se tabuló mediante la identificación de cada ítem en formularios de registro de la información identificando pregunta por pregunta, con valores asignados previamente para su medición. Seguidamente, se procedió a interpretar la información con base en las categorías asignadas y los registros obtenidos en orden numérico para cada pregunta. Luego se procedió a la elaboración de informe de resultados mediante la contrastación de la información obtenida con los objetivos de la investigación y el problema de investigación.

3. RESULTADOS

La prueba piloto. Para este procedimiento se aplicó la técnica de análisis de la entrevista apoyados en las bases de datos dada por la Unidad Regional de Víctimas, que facilitó inicialmente el contacto con esas personas para que proceder a su aplicación en día y hora concertados. La selección de la

muestra fue aleatoria de personas que se hallaban en la Unidad de Víctimas y que permitieron su contacto. La prueba dio como resultado que todas las personas entrevistadas se consideran víctimas. Tres de ellas trabajan en forma *independiente en oficios varios*. Una de ellas no lo hace. Todas afirmaron haber recibido *apoyo municipal*, pero al momento de la entrevista expresaron no estar recibiendo el apoyo económico debido a que la entidad les manifiesta la falta de recursos presupuestales. Todas ellas expresaron ser *desplazadas*. Una persona expresó haber sido *víctima de violación sexual*, pero sobre el caso no se hizo justicia. Los resultados indican una desprotección del Estado.

La prueba aplicada inicialmente no reflejó ninguna dificultad, por lo que se extendió a otros entrevistados, y de manera concreta a víctimas desplazadas residentes en la ciudad y también a exmilitares. Fueron 26 en total las cuales hicieron referencia a su situación actual. En efecto, ocho de las personas entrevistadas son víctimas desplazadas. Siete afirmaron ser *víctimas del conflicto armado*, para un porcentaje de (87.5 %). Así, cuatro de ellas expresaron serlo por *parálisis corporal*, en un rango del (50 %), otra persona por *retraso mental* (12.5 %), *parálisis corporal inferior* (12.5 %), ser ciego, sordo y mudo (12.5 %). De esas personas, seis afirmaron, que no han recibido *apoyo del Estado*, es decir, un 75 %; solo una expresó que ha recibido ayuda, para un 12.5 %, y finalmente, la otra persona no respondió. Respecto a la pregunta sobre *discriminación*; solo dos expresaron haber sido discriminadas en rango de 25 %, y seis expresaron que no lo han sido; es decir, en un 75 %, lo que significa un margen alto del fenómeno.

Por otra parte, ninguna de ellas afirmó estar en un *programa de ayuda municipal*, lo que refleja un aspecto negativo del (100 %) de apoyo y que se interpreta como ausencia de la presencia del Estado. Esta respuesta hay que contrastarla con otras para confirmar ello.

Respecto a la *vinculación a instituciones educativas con programas de tecnologías*, solo una de las encuestadas, equivalente al 12.5 %, expresó estar vinculada. Mientras las otras siete personas, expresaron no encontrarse vinculadas a ninguna, para un 87.5 %. Esta información se muestra relativamente inconsistente si se compara con la respuesta negativa anterior, ya que afirmaron no haber recibido apoyo.

Respecto al criterio y categoría *haber participado en campañas pedagógicas en el municipio*, solo dos lo admiten. Dando un resultado del 25 %, pero para actividades pretéritas.

En cuanto al criterio *reconocimiento por méritos*, solo tres expresan haber recibido alguno de ellos, lo que equivale al (37.5 %).

En relación con el criterio *capacidad y actividad laboral*, dos personas encuestadas dijeron que sí estaban activas laboralmente, lo que corresponde al (25 %), y cinco dijeron que ya no, es decir, un 65 % de los encuestados, mientras que una de ellas no respondió.

Tres personas encuestadas dijeron que no tienen *acceso o facilidad de movilidad*, lo que indica alguna dificultad, equivalente en ese sentido al (37.5 %), mientras que en cuanto a la *facilidad de información y comunicación* de los encuestados, estos respondieron en forma dividida: cuatro personas afirmaron tener facilidad y otras cuatro expresaron no tener facilidad de comunicación. Sin embargo, todos coincidieron, en no tener *restricciones en su derecho a la libertad*. Tampoco frente *al derecho a la intimidad*, lo que se contrapone a la versión de una de ellas, que manifestó haber sido torturada, mientras que siete personas, expresaron no haber sido *sometidas a tortura*.

En cuanto al ítem *explotación y abuso sexual*, solo una de estas personas no respondió (estaba en situación especial de ser ciego sordo y mudo), las demás afirmaron no haber sido objeto de explotación, indicando, en consecuencia, una situación positiva frente a la población encuestada. Sin embargo, ese tipo de respuestas puede tener otro tipo de causas.

A la pregunta *apoyo a la movilidad*, ninguna de ellas declaró haberla recibido, y en ese sentido habrá qué revisar que ha pasado con los subsidios o apoyos.

Respecto a la conformación de un núcleo familiar, tres dijeron tenerla, lo que corresponde al 37.5 % de los encuestados; cinco personas, afirmaron que no la han conformado algún núcleo familiar, para un margen de (65 %).

Igual situación se presentó respecto al criterio *apoyo a la educación*, el cual arrojó registros homólogos.

En cuanto al criterio *afiliación al sistema de salud*, casi todos los encuestados, coincidieron en estar afiliados al régimen de salud, lo cual es positivo. Su equivalente corresponde al (87.5 %), lo que guarda correspondencia cuando se les preguntó sobre el hecho de recibir o no un buen servicio por parte de esas entidades prestadoras del servicio de la salud. Es de anotar que solo una persona se siente inconforme, aunque ninguna expresa ser beneficiaria de un programa de rehabilitación. Este resultado evidencia una deficiencia en la prestación del servicio de las terapias psicológicas.

Como elemento en común tienen la *no participación en política*, ya que siete personas, es decir, el 87.5 %, afirmaron no participar.

Con respecto a *los eventos culturales o deportivos*, la respuesta fue idéntica, en cuanto expresaron, no participación.

Sobre el hecho de *estar vinculados a una ONG, fundaciones o asociaciones*, solo una persona dijo que sí (12.5 %) y las otras siete, el (87.5 %), dijeron que no se encuentran vinculadas.

El estudio también se refiere a la situación de *los exmilitares víctimas del conflicto armado residentes en Montería*. Se entrevistó a cuatro personas. Tres de ellas, expresaron estar reconocidas como

víctimas, lo que da un margen de diferencia interesante; por ello, sus relación o vinculación como soldados, les han permitido acceder a la pensión de invalidez por estar consagrado en las normas de la entidad y del Estado colombiano, pero afirmaron que solo han recibido apoyo del Ejército colombiano por estar afiliados al sistema de salud y pensión nada más. Consideran que el apoyo es mínimo e insuficiente. Además, argumentan que su situación de discapacidad es parcial y que, por tanto, ellos aún pueden realizar ciertas actividades en forma autónoma, razón por la cual exigen más apoyo institucional del Estado. Solo dos de ellos, expresaron haber recibido *capacitación adicional* al respecto y esperan lograr una nueva vinculación laboral para mejorar sus condiciones actuales de vida. Tres de ellos, sin embargo, realizan actividades independientes para mejorar sus ingresos mediante emprendimiento y actividades comerciales. Manifestaron dudas sobre los programas de apoyo que ofrece el Gobierno para estas personas; reconocieron tener *acceso a la movilidad*, e incluso uno de ellos se transporta en vehículo propio. El 75 % de la población militar entrevistada coincidió en la *no participación en eventos culturales*. Respecto al criterio de vinculación con ONGS internacionales, expresaron no tener relación alguna. Asimismo, un 50 % de los entrevistados, se siente *discriminado* frente a las demás personas. Se puede afirmar sobre la necesidad de ampliar la cobertura de rehabilitación psicológica a estas personas.

En cuanto al *apoyo educativo y terapia psicología*, todos expresaron no estar recibéndolo en estos momentos. pusieron de manifiesto la falta de eficacia en la prestación de los servicios y la deficiencia de las políticas públicas en pro de las víctimas exmilitares.

4. DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

Hace falta coordinación e implementación de políticas públicas de rehabilitación integral (el 50 % de exmilitares entrevistas lo exige), lo mismo que atención parcial a los procesos de reparación de víctimas. Se necesita revisar los procesos por parte de los órganos de control, tanto internacional como nacionales, para que se ejecuten como se acordaron en la Convención Internacional. Se han dado pasos importantes, pero son insuficientes por la movilidad y crecimiento de la población debido a la persistencia del conflicto. Hace falta una política integral coordinada y permanente en la que participen todos los actores que necesitan el restablecimiento de sus derechos mediante la planeación estratégica del Estado.

La vinculación de la población a los programas culturales y deportivos permite una mejor resocialización e inclusión social que ayudará a la recuperación de la salud mental, ampliando la cobertura de los servicios de salud conforme al sistema. Otro aspecto importante es la necesidad de superar las discriminaciones de esta población, lo que implica un proceso pedagógico y psicológico de la colectividad en forma intensa.

Son claras las necesidades y derechos constitucionales como la educación, vivienda y demás que complementan el universo de necesidades insatisfechas de la población. Las víctimas del conflicto se sienten afectadas y exigen ampliar la cobertura de beneficios para lograr la rehabilitación integral.

El resultado registrado en las encuestas (87.5 %), sobre la falta de vinculación a ONG, asociaciones o fundaciones en consenso, conforme a la muestra, refleja la falta de asesoría o pedagogía institucional que al otorgárseles les permitiría un excelente contacto de inclusión social en cuanto las asociaciones, fundaciones o programas de ONG, entre otros, que pueden ayudar en el proceso de reparación y apoyo en capacitaciones.

Otorgar algunos subsidios y afiliación al sistema de salud no satisface por completo a la población, que expresó sentirse todavía útil laboralmente, lo que en muchos casos ha obligado a exigir la transformación de las políticas públicas que guarden coherencia con la Constitución y la ley.

En consideración de lo anterior, mediante una política efectiva se puede elaborar proyectos educativos, culturales y demás que beneficien en forma integral y masiva a toda la población víctima del conflicto armado en los que participen diferentes actores y se logren superar los niveles de marginalidad. *Contrario sensu*, la falta de participación política de las víctimas refleja una dificultad que debe ser resuelta para propiciar independencia y autonomía en pro de la integración social democrática.

La población de la muestra no ha recibido el suficiente apoyo del Estado, y en especial de la administración municipal e Montería, en dimensiones como los servicios públicos, vivienda, trabajo, recreación, movilidad, seguridad social, educación o capacitaciones, asesorías, defensa frente a la discriminación, programas de ayudas, en salud, rehabilitación, terapias, subsidios, transporte, comunicación. Igualmente, en consideración a que Montería se ha convertido en una capital receptora de desplazados y víctimas del conflicto armado, donde día a día se incrementa la población, por lo que la cobertura de los servicios públicos y atención a víctimas exige su ampliación.

La teoría de Rawls alcanza a mostrar elementos mínimos que han sido propuestos contractualmente en la carta política colombiana como prueba del contractualismo constitucional, pero siguen existiendo debilidades en la práctica de ese mínimo derrotero propuesto en la posición original que el autor invoca como etapa inicial y que se formuló en el Estado social de derecho como pauta social que exige aplicación y desarrollo mediante una política pública generalizada.

REFERENCIAS

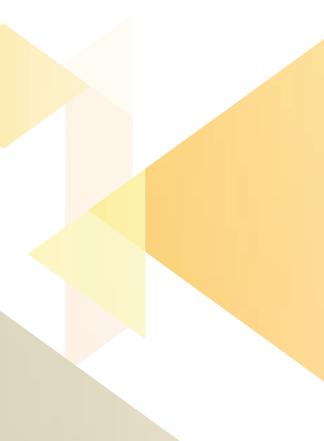
- Ángel, E. A. (2016). *Reparación o revictimización*. USTA.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [Dane] (2012). *Información estadística*. Bogotá, D.C.: Dane.
- Hurtado, J. (2012). *Metodología de la investigación, guía para la comprensión holística de la ciencia* (4ª ed.). Editorial Quirón.
- Luhmann, N. (2006). *La sociedad de la sociedad* (Q. d. C.V, Ed. y J. T. Nafarrate, trad.). Herder. Recuperado el 2 de noviembre de 2017 de http://www.multiversidadreal.edu.mx/wp-content/uploads/2015/09/Niklas_Luhmann_La_Sociedad_de_la_sociedadBookFi.org.pdf
- Organización de las Naciones Unidas [ONU] (13 de diciembre de 2006). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia. Recuperado el 29 de octubre de 2017 de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Recomendaciones-comite-colombia-2016.pdf>
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia* (6ª reimpression). (M. Gonzalez, trad.). Belknap Press of Harvard University Press. Recuperado el 1 de noviembre de 2017 de https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john_rawls_-_teoria_de_la_justicia.pdf
- Rawls, J. (2001). *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*. Paidós.

Fundamentos jurídicos del acuerdo agrario para la paz colombiana

Legal basis for the Colombian peace agricultural agreement

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza (España). flopez@unizar.es.
Orcid: 0000-0003-0910-1222. Producto derivado del proyecto de investigación de alto impacto código IMP DER 2928, financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia), vigencia 2019, en virtud de convenio especial de cooperación con las universidades de Valencia y de Zaragoza (España). Este trabajo es deudor de las observaciones que, sobre un texto provisional, formularon los profesores R. Ballén (Universidad Libre), N. Fernández Sola (Universidad de Zaragoza), J. Pimiento y H. Santaella (Universidad Externado) y C. J. Velásquez (Universidad del Norte), a quienes el autor agradece su generosa colaboración, sin perjuicio de reclamar la exclusiva responsabilidad por cuantos errores y omisiones puedan haberse deslizado.



Resumen

Este trabajo busca identificar los fundamentos de la reforma agraria con arreglo al método jurídico, empleando para ello fuentes de derecho constitucional comparado y derecho positivo colombiano, cuyo alcance trata de fijarse mediante el manejo de elementos históricos, doctrinales y jurisprudenciales. En un primer epígrafe se consideran las reformas agrarias producidas en Europa y Latinoamérica como reacción ante los procesos liberalizadores del primer constitucionalismo y manifestación del ideario del Estado Social de Derecho, exponiendo sus contenidos relativos a la función social del derecho de propiedad y de la libertad de empresa. En un segundo epígrafe se sintetiza la trayectoria colombiana en la materia, caracterizada por ofrecer notables contrastes a partir del inicial modelo de la propiedad arbitraria, cuya transformación en los marcos legales de las sucesivas reformas agrarias, que culminan en el marco constitucional de 1991, no bastó para obtener resultados globales aceptables, al prevalecer la violencia de los desplazamientos y los despojos. Finalmente, en el tercer epígrafe, la reforma rural integral del Acuerdo de Paz se presenta como una esencial cuestión de Estado, más precisamente, del Estado social de derecho establecido en Colombia; lo que se expresa en un elevado consenso político para la puesta en marcha de un importante programa de actuaciones en torno a tres pilares que conforman la vía colombiana de la reforma agraria: la democratización sostenible de la propiedad de la tierra, la transformación territorial de las comunidades y el compromiso nacional contra la pobreza del campesinado.

PALABRAS CLAVE

Acuerdo de Paz en Colombia, cuestión agraria, derecho de propiedad: función social, Estado social de derecho y reforma agraria, reforma agraria en Colombia, reforma rural integral, naturaleza y alcance.

Abstract

The work seeks to identify the foundations of the agrarian reform following the juridical method, by using comparative constitutional law and Colombian positive law to establish the scope of the reform through historical, doctrinal and jurisprudential elements. The first section considers the agrarian reforms produced in Europe and Latin America as a reaction to the liberalizing processes of the first constitutionalism, that manifest the ideology of the Social Rule of Law, exposing its content related to the social function of the right to property and the freedom of enterprise. The second section summarizes the Colombian trajectory in this area, which is characterized by offering remarkable contrasts from the initial model of arbitrary property that, despite turning into the legal framework of the successive agrarian reforms that culminated in the constitutional framework of 1991, did

not achieve acceptable overall results, since violence of displacements and dispossessions prevailed. The third and last section presents the comprehensive rural reform of the Peace Agreement as a matter of State, more precisely, of the Social Rule of Law established in Colombia; which is expressed in a high political consensus for the implementation of a relevant action program built on three pillars that make up the Colombian path of agrarian reform: the sustainable democratization of land ownership, the territorial transformation of communities and the national commitment against poverty of the peasant population.

KEYWORDS

Agrarian reform in Colombia, Colombia Peace Agreement, agricultural issue, comprehensive rural reform, nature and scope, property right, social function, social rule of law and agrarian reform.

Las dos expresiones aquí asumidas –reforma rural y paz– están actualmente en entredicho en la realidad colombiana. La primera evoca los fantasmas de pasados fracasos, mientras que la segunda se enfrenta a la angustia de una sociedad permanentemente rota por la violencia.

Sin embargo, ninguna de esas visiones negativas es de necesaria asunción. Ni es cierto que las reformas agrarias hayan constituido meras promesas electorales o simples reclamos propagandísticos, ni tampoco lo es que la voluntad nacional del pueblo colombiano haya llegado a quebrarse por las reiteradas rupturas de la convivencia. Ambos elementos conforman trayectorias rodeadas ciertamente de notables obstáculos: no hay que desconocerlos, pero tampoco hemos de magnificarlos hasta el extremo de llegar a la parálisis.

Tal es la premisa que presta cobertura a este trabajo: la reforma de la Colombia rural es una necesidad imperiosa cuyo desenvolvimiento precisa del orden que proporciona la paz. Los dos aspectos se funden conformando una relación de dependencia recíproca, como se advierte en los Acuerdos de 2016, cuyo primer contenido versa justamente sobre la reforma rural integral¹.

La ordenación rural puede ser estudiada desde múltiples perspectivas que originan posiciones variadas y a menudo opuestas entre sí. En su configuración social, cabe enfrentar los privilegios de la oligarquía terrateniente a las situaciones de miseria del campesinado. En el plano económico, determina notables tensiones entre los intereses de las grandes multinacionales y los de las empresas familiares en los mercados de materias primas y alimentación. En la visión ambiental, manifiesta la oposición entre la productividad y la conservación, que trata de superarse en la gran síntesis del desarrollo sostenible. En la vertiente política, muestra una pluralidad de consignas que fácilmente pueden considerarse contradictorias, desde la seguridad alimentaria y el libre comercio a la lucha contra la pobreza y la defensa de la biodiversidad.

Pues bien, en la óptica jurídica de este trabajo, sin desconocer la incidencia de las anteriores visiones, hemos de centrarnos en la comprensión de los límites, las modulaciones o las correcciones que la

¹ En este trabajo las expresiones “reforma agraria” y “reforma rural” se utilizan como equivalentes. No desconozco que la segunda pretende ser más amplia que la primera al no limitarse exclusiva o preferentemente a la redistribución de la propiedad de la tierra. Sin embargo, pienso que el progreso no es una cuestión de denominaciones, sino de contenidos y actuaciones. De manera que podemos conservar las voces tradicionales para expresar contenidos renovados partiendo de un tronco común quizá dotado de prestigio y utilidad. Y añadido: en las reformas agrarias o rurales hay más elementos, sin duda, pero el punto de partida está siempre en la inequitativa y generalmente también ineficiente distribución de la propiedad fundiaria. En buena medida, me parece que el rechazo de la denominación tradicional de reforma agraria se vincula a algunas experiencias o propuestas confiscatorias (expropiaciones sin indemnización o con indemnización simbólica), las cuales, sin embargo, no pueden considerarse esenciales en esta política pública; antes bien, las confiscaciones de propiedades legítimas han de entenderse incompatibles con el Estado Social de Derecho, de manera que únicamente en el caso de propiedades abusivas o ilegítimas cabría configurar expropiaciones de carácter sancionatorio.

ordenación rural puede imponer en la economía de mercado, esto es, fundamentalmente, en el derecho de propiedad y en la libertad de empresa. Empezaremos con una reflexión sobre el significado jurídico de las políticas de reforma agraria en el ideario del Estado social de derecho, para ocuparnos a continuación de la trayectoria colombiana en la materia y, específicamente, de la reforma rural integral establecida en el Acuerdo de Paz. Nuestro objetivo final es identificar esa reforma rural como manifestación de un sistema jurídico que permite conectar los ideales políticos y sociales avanzados con la experiencia histórica que desemboca en la esperanzadora vía colombiana

1. LA REFORMA AGRARIA EN EL IDEARIO EUROPEO Y LATINOAMERICANO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Las reformas agrarias forman parte de las aspiraciones de grupos de población en muy diversos lugares y épocas. Aquí nos interesa reflexionar sobre el significado jurídico de las desventajas en los Estados de Derecho formados como consecuencia de las revoluciones burguesas y el movimiento constitucional en Europa y Latinoamérica. En realidad, nuestros puntos de referencia van a ser las reformas agrarias adoptadas como reacción o corrección ante el originario modelo liberal de ordenación rural.

El liberalismo, en efecto, estableció un régimen agrario basado en la libertad. En su justificación histórica se identificaba la tarea de desmontar las complejas bases de los sistemas de propiedad de origen medieval, donde pervivían privilegios de diverso origen y alcance². En los países latinoamericanos, se añadían los condicionantes derivados del régimen colonial, que había originado peculiares mezclas de principios vertebradores y regímenes aplicables³.

Ya el movimiento ilustrado había propiciado la modificación de las características del régimen agrario en la etapa final del Antiguo Régimen, partiendo de la plena confianza en la capacidad de

² Los privilegios implicaban, entre otros aspectos, la concentración en las clases privilegiadas de los títulos sobre la tierra y el mercado, la mezcla de los derechos de uso y disfrute del suelo con las potestades de gobierno, la adscripción incluso de las personas a los fundos en calidad de siervos, el establecimiento de vinculaciones impidiendo o condicionando el mercado de tierras o el fomento de la actividad ganadera en detrimento de la agricultura. Todo ello mezclado con la pervivencia de modalidades colectivas de propiedad rural y de fórmulas paternalistas que podían atenuar el peso de los privilegios en función de la época y del lugar considerados. Para la trayectoria española, véanse los estudios sobre la evolución de los regímenes propietarios desde el siglo XV recopilado por De Dios, Infante, Robledo y Torijano (1999).

³ Véanse las consideraciones de Noejovich (2003), quien rechaza la existencia de una noción de propiedad en la América precolombina, sosteniendo que los planteamientos comunitarios indígenas convivieron con las fórmulas individualistas de origen europeo, lo que determinó una yuxtaposición de sistemas propietarios que pervivirá hasta el presente.

los intereses individuales libremente manifestados para lograr el deseado aumento de la producción agraria⁴.

En todo caso, la consolidación de los planteamientos liberales tuvo lugar de la mano del constitucionalismo y la codificación civil. En la Francia revolucionaria, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 puso en circulación la influyente fórmula de la propiedad como “derecho sagrado e inviolable”, cuya privación se sujetaba a los requisitos de “necesidad pública, legalmente constatada” y “justa y previa indemnización”⁵. Unos años después, en el período napoleónico, el Código Civil de los franceses de 1804 completaría el régimen determinante de las relaciones económicas en todos los sectores, incluido el agrario, al definir la propiedad como “el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta” y establecer paralelamente la libertad de contratar que, una vez ejercida, tenía “valor de ley” para las partes⁶.

Esos dos dispositivos jurídicos fueron ampliamente divulgados en el movimiento constitucional y codificador: de una parte, el reconocimiento de la propiedad como un derecho absoluto que comprende la omnímoda capacidad de usar, disfrutar y disponer de los bienes y, de otra parte, la configuración de la libertad de contratación como eje del funcionamiento del mercado⁷. Una reforma agraria de tipo social hubiera sido, por tanto, ajena a los planteamientos liberales que se plasmaron en la codificación civil⁸.

⁴ De Jovellanos (1784) expresaba en ese sentido: “El grande y general principio de la sociedad se reduce a que toda protección de las leyes, respecto de la agricultura, se debe cifrar en remover los estorbos que se oponen a la libre acción del interés de sus agentes dentro de la esfera señalada por la justicia”.

⁵ Art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26/08/1789 y todavía vigente conforme al preámbulo de la Constitución de 1958.

⁶ Arts. 544 y 1134 del Código Civil de los franceses de 21/03/1804. Tras la reforma de 10/02/2016, la libertad contractual figura en el art. 1102 del Código Civil francés.

⁷ En la experiencia española, el conjunto de propuestas de signo liberal se llevaría a cabo a lo largo de la primera mitad del siglo XIX: abolición de los privilegios de la Mesta, reconocimiento del derecho de cercar fincas rústicas, inicio del reparto de tierras baldías, puesta en marcha de la desamortización eclesiástica y civil, conversión de los señoríos en plenas propiedades, aprobación de la legislación desvinculadora, liberalizaron de los arrendamientos rústicos y cancelación de las restricciones a la libertad de cultivos. Muchas de estas previsiones tuvieron efectos perjudiciales sobre el campesinado, que quedó desprotegido frente a fuerzas sociales más pujantes. Véase García-Sanz (1985).

⁸ Para la ausencia de elementos de reforma agraria en el Código Civil español de 1889, véase Navarro Fernández (2005, pp. 37-40), donde expone que “la diferenciación entre fincas rústicas y urbanas apenas tiene relevancia”, de manera que “la explotación agraria no tiene sustancia” en esa codificación, carente de reglas específicas “ni sobre la propiedad agraria, ni sobre los contratos agrarios”; solo cabe encontrar algunas referencias útiles en relación con las modalidades censales típicas de regiones como Galicia o Cataluña, donde han proliferado históricamente los conflictos entre cultivadores y titulares de los derechos de renta.

Por otra parte, las desamortizaciones, especialmente las que afectaron los bienes gestionados por los municipios, incrementaron los procesos de concentración de la propiedad y de marginación de la población rural. Así, el liberalismo agrario condujo a la toma de conciencia de su situación por el campesinado. En muy diversas experiencias nacionales se constatan, especialmente en la segunda mitad del siglo XIX, levantamientos de pueblos enteros, huelgas revolucionarias, incendios de cosechas, ocupaciones de fincas y otras acciones de los movimientos proletario y campesino⁹.

Ese conjunto de conflictos, rebeliones y revoluciones plasmó casi simultáneamente, a principios del siglo XX, en las muy diferentes tradiciones políticas que se identifican en las versiones comunista y reformista. Ambas se enfrentan a problemas parecidos, pero propugnan métodos de actuación opuestos. El modelo iniciado en la Revolución rusa de 1917 condujo a la colectivización de las explotaciones agrarias dentro de un sistema de economía dirigida cuyas bases y desarrollos dejamos al margen de nuestro discurso¹⁰. Aquí nos interesa centrarnos en el modelo de las reformas agrarias asumido en los sistemas democrático-liberales, que paulatinamente han ido incorporando valores sustantivos de las reivindicaciones sociales. Valores en cuyo origen, eso sí, puede percibirse el influjo de las fórmulas soviéticas, que se identificaron como objetivo difuso de las políticas reformistas, aunque generalmente, en los Estados de Derecho, se descartara el empleo de medios confiscatorios para tal fin.

Así, el ideario del Estado Social de Derecho establecido en los grandes textos constitucionales de principios del siglo XX incluyó importantes correcciones en el modelo agrario liberal. En la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos aprobada en Querétaro en 1917, la propiedad privada se concibió ya como un derecho esencialmente limitado por el interés público, que exigía dictar las medidas necesarias “para el fraccionamiento de los latifundios, para el desarrollo de la pequeña propiedad, para la creación de nuevos centros de población agrícola”, entre otros objetivos¹¹. En la Constitución republicana del *Reich* alemán aprobada en Weimar en 1919, se partía de la significativa declaración de que “la propiedad obliga”, previéndose expropiar tierras para fines de colonización interior, roturaciones o desarrollo de la agricultura, y asimismo configurando el cultivo y explotación de la tierra como “un deber de su propietario para con la comunidad”¹².

⁹ Para el caso español, véanse el estudio pionero sobre las agitaciones campesinas andaluzas de Díaz del Moral (1929) y la completa exposición de la revolución campesina en el siglo XX de Malefakis (1972).

¹⁰ Para una exposición sintética de la puesta en marcha de la revolución soviética en materia agraria, véase Fraile (1991, pp. 11-12).

¹¹ Art. 27 de la Constitución mexicana de 1917. Las previsiones constitucionales fueron precedidas en la experiencia mexicana por la revolución iniciada en 1910, que conllevó repartos de tierras antes de que la Ley Agraria fuera aprobada en 1915. Para un análisis de la trayectoria de las reformas agrarias mexicanas cabe remitir a Warman (2001) y Morett (2006).

¹² Arts. 153 y 155 de la Constitución alemana de 1919. El punto de partida de estas previsiones constitucionales habría de situarse en las reformas agrarias de signo liberal desmenuadas gradualmente en los Estados alemanes

Desde las tempranas fórmulas mexicana y alemana, el ideal de la redistribución de la propiedad rural y de la mejora de las condiciones de vida del campesinado fue extendiéndose a otros países europeos y latinoamericanos. No se trata de aspiraciones uniformes ni de un movimiento simultáneo, antes bien, los objetivos de las reformas agrarias son plurales y van siempre ligados a los diferentes contextos nacionales. No obstante, en el constitucionalismo comparado se advierte una continuidad en la atención prestada a las cuestiones agrarias en función del grado de tensión que las mismas suscitan en las correspondientes sociedades. Vamos a comprobarlo brevemente en diversos textos fundamentales aprobados en Europa y Latinoamérica.

En Europa, durante el período de entreguerras, cabe referir la Constitución de la II República española de 1931, en la que se subordinaba la riqueza del país, pública y privada, “a los intereses de la economía nacional”, admitiéndose la expropiación “de toda clase de bienes”, incluso sin indemnización, es decir, con carácter confiscatorio¹³.

Tras la Segunda Guerra Mundial encontramos destacados compromisos en materia agraria en la Constitución italiana de 1947, en la que la propiedad se vincula a su función social asumiéndose los objetivos de “hacerla accesible a todos” y también de “conseguir el aprovechamiento racional del suelo y establecer relaciones sociales equitativas”¹⁴. Asimismo, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 sigue asumiéndose que “la propiedad obliga”, de manera que “su uso deberá servir, al mismo tiempo, el bien común”, previéndose la transferencia de la tierra, los recursos naturales y los medios de producción a la propiedad pública o colectiva “con fines de socialización”¹⁵.

con los objetivos generales de incrementar la producción, aumentar la capacidad fiscal y superar la existencia de los poderes señoriales. Para la trayectoria de las reformas agrarias en Prusia y otros territorios alemanes durante el siglo XIX, véase Brakensiek (2006); para los fracasados planteamientos de la Constitución de Weimar, véase Stolleis (2019).

¹³ Art. 44 de la Constitución española de 1931. Tal previsión pretendía asegurar la viabilidad de una intensa y radical intervención transformadora que, efectivamente, llegó a implantarse en la Ley de Reforma Agraria de 1932. Adicionalmente, en el art. 47 del mismo texto constitucional se establecía el compromiso público de protección del campesino mediante un programa legislativo que había de incluir, entre otras materias, el patrimonio familiar inembargable, el crédito agrícola, la indemnización por pérdida de cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para riego y vías rurales de comunicación.

¹⁴ Arts. 42 y 44 de la Constitución italiana de 1947, en los que se incluye un programa de reformas legislativas que comprende la previsión de “obligaciones y cargas a la propiedad rústica privada, límites a su superficie según las regiones y las zonas agrarias, la bonificación de las tierras, la transformación del latifundio y la reconstitución de las unidades productivas”, todo ello dentro de un general apoyo a la pequeña y mediana propiedad. Véase el comentario sobre estas previsiones constitucionales de Rodotà (1982).

¹⁵ Arts. 14 y 15 de la Constitución alemana de 1949.

Posteriormente, en algunos procesos de transición hacia la democracia se incluyeron también significativas referencias a la cuestión agraria. En la Constitución portuguesa de 1976 se previó un completo programa en la materia al establecer la lista de objetivos de la política agrícola e imponer la eliminación de los latifundios en beneficio preferente de explotaciones familiares y cooperativas, junto a otras medidas¹⁶. En la Constitución española de 1978 se reiteró la fórmula de 1931, subordinándose toda la riqueza del país al interés general, aunque la atención específica a la problemática agraria quedó difuminada en el compromiso de los poderes públicos de atender “a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura”¹⁷.

En América Latina encontramos similares compromisos constitucionales de reforma agraria sostenidos a lo largo del tiempo¹⁸. Tras el ya citado precedente mexicano, la Constitución cubana de 1940 fue, en este ámbito geográfico, la primera que, dentro de los postulados liberales, adoptó medidas vinculando la protección de la propiedad privada a su función social, prohibiendo el latifundio y protegiendo la propiedad familiar¹⁹. En Argentina, la Constitución peronista de 1949

¹⁶ Arts. 93-98 de la Constitución portuguesa de 1976. Los objetivos de la política agrícola comprenden el aumento de la producción y la productividad, la mejora de la situación económica, social y cultural de los agricultores, la igualdad efectiva de los trabajadores agrícolas con respecto a los de otros sectores económicos, el uso y gestión racionales del suelo, y el fomento de las asociaciones de agricultores y de la explotación directa de la tierra (art. 93). La eliminación de los latifundios se condiciona a la indemnización a los propietarios expropiados, previniéndose la distribución de las tierras preferentemente para formar explotaciones familiares o cooperativas (art. 94). Asimismo, se trata de lograr el redimensionamiento de los minifundios (art. 95), garantizar la estabilidad de los cultivadores directos (art. 96), establecer medidas de apoyo público a la modernización y solidaridad en el sector agrario (art. 97) y asegurar la participación de las organizaciones representativas de trabajadores rurales y agricultores en la misma definición de la política agrícola (art. 98). Las previsiones constitucionales se completaron con la Ley de Reforma Agraria de 1977, que vino a legalizar las ocupaciones puestas en marcha con la revolución de 1974. Paulatinamente la intensidad de las reformas fue reconduciéndose, como puede seguirse en Barreto (1988).

¹⁷ Arts. 128 y 130 de la Constitución española de 1978. Entre los diversos intentos doctrinales de establecer las bases constitucionales de la materia agraria partiendo de los principios generales de la Constitución económica, véanse Barnés Vázquez (1988), y más sintéticamente López Ramón (1991, pp. 292-303).

¹⁸ Sobre el fundamento y alcance de las reformas agrarias latinoamericanas véanse Delgado (1965) y Zamosc y Martínez Borrego (1996), así como el esfuerzo conceptual en la materia desarrollado por Gutelman (1974). Especialmente ha de remitirse al último estudio del maestro A. García (1981), exponente de un sólido pensamiento económico que puso de relieve la problemática derivada de la inadecuada estructura agraria en todos los países de la región. Últimamente, Güiza, Bautista, Malagón y Uprimny (2020, pp. 73-88) han puesto de relieve los contenidos relativos a la defensa del campesinado en el constitucionalismo social latinoamericano, con particular atención a los casos mexicano, cubano y boliviano.

¹⁹ Arts. 87, 90 y 91 de la Constitución cubana de 1940; además, en la disposición transitoria 5ª del título VI, sección 1ª, se incluía la obligación de constituir cooperativas municipales de reparto de tierras laborables y construcción de casas baratas para campesinos, obreros y empleados pobres. Este texto, al menos sobre el papel, se incluye entre los más progresistas de su época al venir apoyado en importantes cambios democráticos y recoger

consagró también la función social de la propiedad, atribuyendo al Estado la misión de fiscalizar su distribución y utilización en el sector agrario²⁰.

En la Revolución cubana de 1959 se puso en marcha una reforma agraria basada en explotaciones colectivas que ejercería fuerte influjo en el continente americano²¹. Así, en la década siguiente diversos textos fundamentales incluyeron un conjunto de previsiones encaminadas a establecer los grandes objetivos y las principales medidas de la reforma agraria, que en varios casos comprendían la progresiva eliminación del latifundio improductivo. En la Constitución de Bolivia de 1961 se identificaba al trabajo como la fuente de la propiedad agraria y se rechazaban los latifundios, además de incluirse detallados contenidos sobre el régimen agrario y campesino²². En la Constitución de Honduras de 1965 simplemente se impulsaba la colonización agraria²³, pero en la Constitución de Ecuador de 1967 ya se ordenaron planes de reforma agraria para lograr la justa distribución de la tierra, la más eficaz utilización del suelo y la mejora del nivel de vida del campesino, estableciéndose la obligación del propietario de explotar directa y racionalmente los predios agrarios, además de preverse la determinación de la extensión máxima y mínima de la propiedad agraria²⁴. La serie parece terminar con la Constitución de Panamá de 1972, en la que se impuso el deber de cultivo, se enumeraron los variados fines de la política agraria, estableciéndose la protección de los patrimonios de las comunidades indígenas y una especial jurisdicción agraria²⁵.

significativas reivindicaciones populares. Fue producto de un período de estabilidad política controlado por el presidente Fulgencio Batista (1940-1944), quien después asumiría el papel de dictador (1952-1959) hasta el triunfo de la revolución castrista.

²⁰ Arts. 38-40 de la Constitución argentina de 1949, texto que fue anulado por el Gobierno provisional en 1956, restableciéndose la vigencia de la Constitución de 1853, todavía vigente con sucesivas reformas hasta la última de 1994, sin incluir ya ninguna previsión explícita sobre la reforma agraria. La falta de voluntad reformista en la política agraria argentina puede comprobarse en S.B. Lázzaro (2017).

²¹ Disposición transitoria 3ª, título IV, sección 1ª de la revolucionara Ley Fundamental de 1959; véase Gutelman (1967). El sistema de economía basado en la propiedad socialista, que únicamente admite la pequeña propiedad agrícola y la de tipo cooperativo, se consolidaría en la Constitución cubana de 1976 (arts. 14, 15, 19 y 20), persistiendo en la vigente Constitución cubana de 2019 (arts. 18, 22, 29 y 30).

²² Arts. 164 y 165 de la Constitución de Bolivia de 1961. En la experiencia boliviana, la abolición de los latifundios se estableció ya en la Ley de Reforma Agraria de 1953, constatándose la inclusión de detalladas previsiones sobre el régimen agrario y campesino en las Constituciones de 1961 (arts. 163-172) 1967, 1994 y 2004 (arts. 165-176 en estos tres textos). Sobre la trayectoria de estas reformas agrarias en Bolivia, véanse las exposiciones de Paz Ballivián (2003) y Fornillo (2012).

²³ Art. 257 de la Constitución de Honduras de 1965.

²⁴ Art. 51 de la Constitución de Ecuador de 1967.

²⁵ Arts. 121-124 de la Constitución de Panamá de 1972. Tras la modificación constitucional de 2004, la reforma agraria se incluye en los arts. 122-128, que reafirman y potencian los compromisos estatales partiendo del “derecho de todo agricultor a una existencia decorosa” (art. 122).

Más tarde, con el auge de los planteamientos neoliberales en diversas experiencias latinoamericanas, disminuyeron las referencias constitucionales en esta materia²⁶. Así, entre los textos de finales del siglo XX, y dejando ahora al margen el caso colombiano, apenas encontramos, en la Constitución paraguaya de 1992, el compromiso de una reforma agraria a fin de lograr “la incorporación efectiva de la población campesina al desarrollo económico y social de la nación”²⁷.

Habrá que esperar al “nuevo constitucionalismo” vinculado a la recuperación de los valores indígenas para encontrar referencias más profundas en la materia²⁸. En la moderna Constitución de Ecuador de 2008 figuran, así, compromisos encaminados a lograr la “soberanía alimentaria” que garantice “la autosuficiencia de alimentos sanos”, determinándose el acceso equitativo a la tierra de acuerdo con su “función social y ambiental”, lo que se traduce en la prohibición del latifundio²⁹. Los planteamientos continúan en la vigente Constitución de Bolivia de 2009, en la que la función social de la propiedad permite proteger el patrimonio familiar y la propiedad comunitaria o colectiva, mientras que el latifundio queda prohibido³⁰.

Pese a la heterogeneidad de los datos que estamos manejando, la toma de conciencia sobre la cuestión rural es perfectamente identificable en el constitucionalismo del Estado Social de Derecho. Ciertamente, en algunos casos los objetivos asumidos en los textos fundamentales pueden considerarse imprecisos, dado que admiten una pluralidad de aplicaciones. La efectividad de las reformas requiere políticas activas con la colaboración del legislador y del aparato gubernamental. En algunas experiencias incluso cabe constatar la puesta en marcha de reformas agrarias que incluyeron procesos de redistribución de la propiedad agraria sin particulares implicaciones constitucionales, como sucedió en Venezuela, Chile y Perú³¹.

Ahora bien, aun con el limitado alcance que deriva de la necesidad de desarrollo y aplicación de las constituciones, no es irrelevante la protección dispensada al sector agrario en el máximo nivel nor-

²⁶ Véase Güiza et al. (2020, pp. 88-95).

²⁷ Arts. 114-116 de la Constitución paraguaya de 1992. Sobre las complejas vicisitudes de las reformas agrarias en Paraguay, véase el trabajo de Kretschmer (2018).

²⁸ Véase Güiza et al. (2020, pp. 95-118), donde se incluyen tablas comparativas de los contenidos del nuevo constitucionalismo latinoamericano en materia de propiedad rural y derechos campesinos.

²⁹ Arts. 281-282 de la Constitución ecuatoriana de 2008. Para la evolución de las políticas agrarias en Ecuador, véase Madrid Tamayo (2018).

³⁰ Arts. 393-409 de la Constitución boliviana de 2009. El ideal zapatista de que “la tierra es para quien la trabaja” aparece reflejado en la afirmación constitucional de que “el trabajo es la fuente fundamental para la adquisición y conservación de la propiedad agraria” (art. 397), lo que lleva a prever, en el mismo nivel normativo, que la extensión máxima del latifundio habrá de fijarse por ley en función de las diferentes zonas, sin que en ningún caso pueda rebasar las 5000 hectáreas (art. 398); no obstante, se excluye la imposición de los nuevos límites a los latifundios existentes, sin perjuicio de que puedan ser expropiados (art. 399).

³¹ Véanse Kay (1998) y Alegrett (2003, pp. 2-3).

mativo. El principal efecto jurídico derivado de esos compromisos es permitir que los principios liberales de la Constitución económica experimenten mayores restricciones en el ámbito rural, según podemos comprobar en relación con los dos elementos definitorios de ese marco general: de una parte, el derecho de propiedad resulta necesariamente vinculado a una función social, lo que conlleva la posibilidad de establecer un estatuto especial para el suelo agrario, que puede traducirse en la exclusión del latifundio, la imposición del deber de cultivo o la redistribución de la propiedad agraria; de otra parte, la libertad de empresa permite también modulaciones en el ámbito agrario, justificando el favorecimiento de las explotaciones familiares, de las cooperativas o de las fórmulas comunitarias indígenas e incluso la intervención en el mercado de algunos productos. Junto a las actuaciones de los poderes públicos encaminadas a la redistribución de la propiedad y a la mejora del mercado, las reformas rurales atienden también objetivos estructurales, como pueden ser las intervenciones en materia de regadío, suelos, sanidad, educación, comunicaciones y otras.

En consecuencia, las políticas de reforma agraria pueden asumir una gran variedad de objetivos políticos, sociales, económicos, territoriales y ambientales: abolición de las fórmulas y estructuras de dominación de los campesinos, promoción y modernización de explotaciones familiares de tipo medio, protección de fórmulas comunitarias, consolidación de cooperativas del campo, incremento de la productividad buscando la seguridad alimentaria, tutela de los recursos naturales, entre otros. También se constata el empleo de una pluralidad de medios vinculados a las diferentes experiencias nacionales: desde las ocupaciones revolucionarias y las confiscaciones hasta la remisión al libre mercado de tierras; desde el combate contra el latifundio señorial y colonial hasta la promoción de las grandes explotaciones de las empresas multinacionales de la alimentación; desde los cambios profundos del sistema de producción hasta el maquillaje encaminado a mantener el estado de cosas. No hay soluciones uniformes³².

Tampoco hay resultados unívocos. Se debate, ciertamente, sobre el grado de éxito de las concretas reformas agrarias, apreciándose un amplio sentimiento de frustración como explicación del auge de los planteamientos neoliberales³³. No obstante, los fracasos no impiden constatar la necesidad

³² García (1967, pp. 353) critica la vinculación de las reformas agrarias latinoamericanas a “esquemas occidentales”, que presuponen la superación de las estructuras de la sociedad colonial heredada por los modelos de la sociedad abierta que se exportan incluyendo reformas rurales perfectas, sin tener en cuenta la profunda vinculación de las sociedades afectadas a los mecanismos del “latifundio estructural” (p. 354), que determina fenómenos extensos de control económico y social.

³³ Véanse: Vogelgesang (1996, pp. 95), que analiza las políticas de fomento del mercado de tierras en diversas experiencias de América Latina; Zamosc y Martínez (1996, pp. 15-18), quienes resumen los objetivos neoliberales en el apoyo al comercio internacional de alimentos, la eliminación de subsidios agrarios y la reducción de los programas de asistencia; Kay (1998, pp. 8), quien considera que la era de las grandes reformas agrarias ha llegado a su fin en América Latina, destacando la frecuente subestimación de las dificultades de transformar el régimen de propiedad de la tierra, que el autor vincula al surgimiento de conflictos sociales y políticos, todo lo cual habría

de continuar las políticas de reordenación de la propiedad agraria³⁴. Como autorizadamente se ha puesto de relieve, la lucha contra la pobreza es el principal objetivo de las pequeñas explotaciones promovidas en las reformas rurales, que por ello han de estimarse socialmente deseables, sin perjuicio de que su naturaleza y alcance dependa del grado de desigualdad existente en los diferentes países³⁵. Esa es probablemente una esencial explicación de la permanencia y actualidad de las reformas agrarias en el ideario constitucional del Estado Social de Derecho.

2. LA TRAYECTORIA COLOMBIANA DESDE LA PROPIEDAD ARBITRARIA A LAS REFORMAS AGRARIAS INCUMPLIDAS

En la Colombia independiente, como sucedió generalmente en las repúblicas liberales, y particularmente en las criollas, no incidieron preocupaciones reformistas referidas al mundo agrario. En los textos constitucionales decimonónicos –el último aprobado en 1886– prevalecía la consideración individual del derecho de propiedad al establecerse el respeto a los derechos adquiridos con justo título, que eran objeto de estrictas garantías frente a posibles expropiaciones, únicamente admitidas por “graves motivos de utilidad pública”³⁶. Con mayor claridad, en el Código Civil de 1887 la propiedad fue definida en términos que resultan impactantes, ya que, yendo más allá del

fomentado las políticas neoliberales causantes a su vez de la mayor marginación de la agricultura campesina.

³⁴ Véanse: Alegrett (2003, p. 9), quien refleja la continuidad de los conflictos sobre la tenencia de la tierra y también la falta de acceso al crédito, la tecnología y el mercado, todo ello dentro de los procesos de reducción de la intervención estatal en materia agraria; Groppo (2011, p. 165), quien propugna superar la pérdida de vigencia de las reformas agrarias mediante grandes pactos territoriales con intervención de todos los actores del mundo rural para hacer frente a las necesidades de gestión racional de los recursos naturales; Manzano, Rincón y Krestschmer (2018, pp. 10-12), quienes llevan a cabo una crítica de la “ofensiva neoliberal” y el intento de desplazar el debate sobre la distribución de tierras, que amenaza con revertir logros históricos en esta materia.

³⁵ Lipton (2009, p. 1), quien sostiene que el principal objetivo de la reforma rural es “reducir la pobreza incrementando sustancialmente la proporción de tierra de labor controlada por los pobres y en consecuencia su renta, poder o estatus”. El autor rechaza que la reforma agraria pueda considerarse una política superada, argumentando que la tierra es el principal valor productivo de los pobres, lo que se consigue apoyando a las pequeñas explotaciones, pues emplean más mano de obra que las grandes, permiten a los titulares disfrutar de la renta de la tierra y del ejercicio de la empresa agraria, además de potenciar las rentas no agrarias por el incremento del consumo de los propios pequeños propietarios (p. 2 y ampliamente en pp. 273-322).

³⁶ Arts. 31-32 de la Constitución de la República de Colombia de 1886. Se reiteraba, así, la previsión recogida, con escasas variantes, en todos los textos constitucionales colombianos del siglo XIX con independencia del régimen político adoptado: Constitución de Colombia de 1821 (art. 177), Constitución de la República de Colombia de 1830 (art. 146), Constitución del Estado de Nueva Granada de 1832 (art. 193), Constitución de la República de Nueva Granada de 1843 (art. 162), Constitución de la República de Nueva Granada de 1853 (art. 5.3), Constitución de la Confederación Granadina de 1858 (art. 56.3) y Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 (art. 15.5). La propiedad protegida en todo caso era la relación constituida conforme a las fórmulas individualistas de origen europeo, como quedaba bien reflejado en la última Constitución citada, la federal de 1863, en cuyo art. 78 se preveía la colonización de “las tierras ocupadas por tribus indígenas”.

goce absoluto predicado en el original modelo francés, en la versión colombiana se caracterizó como el derecho de gozar y disponer de una cosa corporal nada menos que “arbitrariamente”³⁷.

Con arreglo a ese régimen jurídico básico, se consolidaron y ampliaron las desigualdades de la sociedad rural, que pasaron a ser endémicas en Colombia, con particular intensidad aun en el panorama comparado latinoamericano. La visión individualista del derecho de propiedad se impuso en las operaciones de desamortización y enajenación de baldíos, que favorecieron intensamente a la burguesía autóctona y a los inversores extranjeros. Los nuevos latifundios se unieron a los que provenían de la conquista, permitiendo la pervivencia de las relaciones de servidumbre personal con sus manifestaciones crueles y abusivas³⁸.

El primer intento de hacer frente a la insostenible situación social del mundo rural tuvo lugar en el período de la República Liberal (1930-1946). Bajo el mandato del presidente López Pumarejo, dentro de la llamada “Revolución en marcha”, se impulsó el acercamiento al modelo del Estado Social de Derecho³⁹. Así, en la reforma constitucional de 1936, la propiedad privada garantizada se caracterizó ya como “una función social que implica obligaciones”, previéndose la posibilidad de expropiaciones sin indemnización “por razones de equidad”⁴⁰. En el mismo año se aprobó la Ley de Tierras 200/1936, que buscaba prioritariamente sanear los títulos posesorios sobre bienes baldíos de la nación y aun sobre los de propiedad privada, incentivando la prescripción adquisitiva de fundos de extensión pequeña o mediana con plazos de cinco años⁴¹.

³⁷ Art. 669 del Código Civil colombiano de 1887 (en realidad, el Código se había aprobado bajo el régimen federal de los Estados Unidos de Colombia en 1873, pero no fue publicado oficialmente entonces): “El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”. La expresión procede del influyente Código Bello aprobado para Chile en 1855, cuyo art. 582 se reprodujo literalmente, como casi todo, en el Código colombiano. El hiriente reclamo a la arbitrariedad del propietario apenas se podía considerar suavizado con la referencia final a la ley y al derecho ajeno, que en modo alguno implicaban límites de funcionalidad social del derecho individual de propiedad, sino, más bien, el obvio condicionamiento derivado de su posible colisión con otros derechos individuales, incluidos, naturalmente, los de otros propietarios. Sobre el origen de esta definición legal en el Código chileno y su interpretación actualizada para la defensa ambiental contra las contaminaciones, véase Amunátegui Perelló (2009).

³⁸ Entre los relatos más conmovedores de la miserable situación del campesinado durante la primera mitad del siglo XX, conviene destacar, dentro de la llamada “novela de la violencia”, “Siervo sin tierra” de E. Caballero Calderón (1954), que ofrece un admirable retrato literario, realista y crítico de las humillaciones, desgracias, fechorías, prepotencias y violencias que agobiaron al humilde e ignorante campesino colombiano.

³⁹ Para el significado de los mandatos presidenciales de López Pumarejo, véase Mora Toscano (2010).

⁴⁰ En el Acto Legislativo 1/1936 reformatorio de la Constitución de 1886 se establecieron importantes novedades, que incluían el nuevo régimen del derecho de propiedad, permitiendo confiscaciones (“expropiaciones sin indemnización”) acordadas por mayoría absoluta de las dos cámaras parlamentarias (art. 10) y derogándose en todo caso el régimen liberal de la propiedad contenido en los arts. 31 y 32 del texto original (art. 34).

⁴¹ La Ley de Tierras 200/1936, de 30 de diciembre, empezaba presumiendo que no eran baldíos, sino de propiedad privada, los fundos poseídos por particulares mediante su explotación económica (art. 1); incentivaba el cultivo

Sobre el papel, una completa reforma agraria se situó en el período del Frente Nacional (1958-1974), particularmente en los turnos que correspondieron al Partido Liberal. Durante la presidencia de Lleras Camargo, pese a la férrea oposición conservadora, se aprobó la Ley sobre Reforma Social Agraria 135/1961, en la que se estableció un conjunto de objetivos sociales para el agro, se previeron estructuras organizativas de tipo participativo y se ordenaron medidas financieras que hubieran debido permitir la realización de las actuaciones. Se trataba de un sistema administrativo que fue aplicado a lo largo de más de treinta años con intensidades variables y diversos cambios en el arsenal de instrumentos disponibles, pues osciló entre el impulso del presidente Lleras Restrepo, que promovió la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), y el aparcamiento general de la misma reforma agraria durante el mandato del presidente Pastrana Borrero⁴². No obstante, con independencia de las omisiones y los defectos en su aplicación, la Ley 135/1961 estableció un amplio conjunto de elementos definidores de un nuevo derecho agrario.

La amplitud de los objetivos de la reforma agraria tenía un llamativo punto de partida en la Ley 135/1961, pues en el inicio del mismo texto legal se afirmaba la “necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural colombiana el ejercicio del derecho natural a la propiedad”. Desde tan comprometido punto de partida, la enumeración de fines de la reforma agraria comprendía: 1º) eliminar y prevenir tanto la concentración de la propiedad de la tierra como su excesivo fraccionamiento, promoviendo las explotaciones objeto de cultivo directo y personal por su titular; 2º) fomentar la explotación de tierras incultas o deficientemente utilizadas; 3º) incrementar la producción y la productividad agrarias; 4º) mejorar el régimen aplicable a arrendatarios rústicos y aparceros, facilitando su acceso a la propiedad de la tierra; 5º) elevar el nivel de vida de la población campesina proporcionándole servicios de asistencia técnica, acceso al crédito, vivienda, mercado, salud, almacenamiento y fomento de cooperativas; y 6º) asegurar la adecuada conservación y utilización de los recursos naturales. Una notable relación de finalidades sociales, que hubiera podido abrir importantes vías de intervención pública a lo largo del dilatado período de vigencia de la norma⁴³.

efectivo y directo al establecer la extinción del derecho de propiedad en favor de la nación cuando transcurrieran tres años sin explotación (art. 6) y prever la prescripción adquisitiva por plazo de cinco años (art. 12); incluía también medidas de protección de los bosques (arts. 9-11); finalmente, contenía un régimen ágil de ejercicio de acciones posesorias (arts. 16-24) y una jurisdicción agraria especializada confiada a los jueces de tierras en la primera instancia (arts. 25-32).

⁴² Ley sobre Reforma Social Agraria 135/1961, de 15 de diciembre, reformada por las leyes 1 y 30/1968 (presidencia de Lleras Restrepo, liberal), 4/1973 (presidencia de Pastrana Borrero, conservador) y 30/1988 (presidencia de Virgilio Barco, liberal).

⁴³ La enumeración de objetivos se incluyó en el art. 1 de Ley 135/1961, que apenas experimentó algunas modificaciones. En la Ley 1/1968 se añadió la promoción de las organizaciones dedicadas a la mejora económica, social y cultural del campesinado, genérica expresión en la que podían incluirse tanto estructuras controladas por el poder público como organizaciones no gubernamentales de diverso tipo, lo que determinó, en la Ley 30/1988, una específica previsión de apoyo a las organizaciones campesinas en las actuaciones del proceso integral de

La Ley 135/1961 contenía variadas técnicas de intervención administrativa con fines de reforma agraria. Se estableció, así, el régimen de las tierras baldías de propiedad nacional, incluyendo mecanismos de puesta en cultivo, parcelación y reparto (“colonización”), especialmente mediante la formación de unidades agrícolas familiares⁴⁴. En relación con los latifundios, una importante actuación hubiera debido orientarse a lograr el aprovechamiento racional de las tierras incultas en propiedades de superficie superior a 2000 hectáreas, incluidos mecanismos expropiatorios para la adquisición de tierras⁴⁵. En la otra cara de la moneda, la atomización propietaria determinó la regulación de las concentraciones parcelarias⁴⁶. Recibieron asimismo significativo impulso, en el plano normativo, las obras públicas, particularmente las hidráulicas y de vialidad, así como los servicios públicos de ayuda técnica, comercialización y otros conducentes a la mejora del medio rural⁴⁷.

Tan variadas finalidades y actuaciones requerían de especiales medidas organizativas, que se concretaron, en la misma Ley 135/1961, en la creación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora)⁴⁸. Este establecimiento público era de carácter representativo y paritario, pues estaba regido por una junta directiva integrada por representantes gubernamentales, parlamentarios y sociales, composición que se mantuvo durante los más de cuarenta años de funcionamiento de la entidad⁴⁹. El Consejo Social Agrario, que ejercía funciones consultivas, también tenía vocación representativa, aunque los académicos y profesionales del primigenio diseño liberal desaparecieron en la reforma conservadora de 1973, que estableció una composición paritaria entre representantes gubernamentales y económico-sociales⁵⁰. Fueron destacadas las previsiones financieras

reforma agraria.

⁴⁴ Ley 135/1961: arts. 29-42 sobre baldíos, arts. 80-85 sobre parcelaciones, arts. 43-49 sobre colonizaciones y arts. 50-53 sobre unidades familiares agrícolas.

⁴⁵ Ley 135/1961: art. 22 sobre latifundios y arts. 54-67 sobre expropiaciones.

⁴⁶ Ley 135/1961: arts. 87-94 sobre concentraciones parcelarias.

⁴⁷ Ley 135/1961: arts. 68-73 sobre obras de corrección de inundaciones, regadíos y otras, y arts. 95-100 sobre servicios rurales.

⁴⁸ El régimen orgánico del Incora se estableció en los arts. 2-8 de la Ley 135/1961, aunque las referencias funcionales al mismo se contienen en todo el articulado de la Ley.

⁴⁹ Art. 8 de la Ley 135/1961. La junta directiva del Incora, que debía respetar la paridad política entre los partidos Liberal y Conservador, característica del período del Frente Nacional, se componía de representantes de diversa procedencia: 6 gubernamentales (2 ministros, 3 por entidades públicas y sorprendentemente, 1 militar), 4 parlamentarios y 3 sociales (1 agricultor, 1 ganadero y también, sorprendentemente, 1 de Acción Social Católica). El gerente general del Incora era de libre designación presidencial, aunque en aras de la paridad había de ser de diferente filiación política que el gerente de la Caja Agraria. En el ámbito departamental y municipal, dentro de la organización del Incora, se preveía la formación de comités consultivos (Ley 135/1961: arts. 101-102).

⁵⁰ Conforme al art. 11 de la Ley 135/1961, inicialmente formaban parte del Consejo Social Agrario, con voz y voto, nada menos que 6 académicos y profesionales, además de 18 representantes de diversos sectores empresariales, laborales y cooperativos del ámbito agrario, limitándose la intervención de los representantes gubernamentales a participar en las deliberaciones del Consejo con voz pero sin voto. En la redacción del mismo art. 11 tras la Ley

contenidas en la Ley 135/1961 y sus sucesivas reformas, de manera que el Incora pudo disponer de recursos para adquisiciones, obras hidráulicas, parcelaciones o adjudicación de unidades agrícolas familiares, entre otras finalidades⁵¹.

Los instrumentos y medios puestos a disposición del poder ejecutivo eran, en consecuencia, importantes. Los resultados solo parcialmente pueden considerarse significativos a través de los programas de redistribución de tierras, la formalización de derechos posesorios o el reconocimiento de los derechos históricos de comunidades indígenas y afrodescendientes⁵². En verdad, los datos distan de ser espectaculares, pues abundaron las oportunidades no bien aprovechadas. Sin embargo, no puede dejar de constatarse al mismo tiempo que los mecanismos previstos experimentaron procesos de aplicación, permitiendo el inicio de la formación del régimen jurídico de la reforma agraria.

Un régimen jurídico que se estaba abriendo camino en el “terrible derecho” de propiedad establecido en la codificación civil⁵³. En efecto, como se recordará, el Código Civil colombiano de 1887 continuaba proclamando la propiedad como un derecho que permitía gozar y disponer de las cosas “arbitrariamente”, lo que parecía contrastar con la función social del mismo derecho impuesta en la reforma constitucional de 1936. Ese contraste fue hecho valer mucho tiempo después en una interesante demanda ante la Corte Suprema de Justicia que, sin embargo, fue rechazada, declarándose el precepto civil exequible por no ser contrario a la Constitución⁵⁴.

4/1973, los 6 académicos y profesionales fueron directamente sustituidos por 6 ministros y la representación económico-social se redujo a otros 6 miembros, de manera que en conjunto se produjo una mayor rigidez en el carácter representativo del órgano colegiado.

⁵¹ Se constituyeron para ello dos mecanismos: a) el Fondo Nacional Agrario (FNA), dotado inicialmente con una cantidad a cargo de los presupuestos estatales y, a partir de la Ley 1/1968, con un porcentaje fijo del impuesto sobre la importación de fertilizantes, además de los bonos agrarios, los recargos sobre el impuesto predial y otros recursos (Ley 135/1961: arts. 14-18 y 74-79); y b) el Fondo de Bienestar Veredal, integrado posteriormente en el Fondo Nacional de Adquisiciones y Bienestar Social, que se nutría, en especial, con el importe de recargos en los impuestos sobre patrimonio, herencias y donaciones (Ley 135/1961: arts. 124-126, reformados por la Ley 4/1973), y la colaboración de todas las entidades públicas (nacionales, departamentales y municipales) en la ejecución de los programas de reforma social agraria, legitimándose la aportación por los establecimientos dependientes del Ministerio de Agricultura de los porcentajes de sus dotaciones presupuestarias establecidos en los mismos programas (Ley 135/1961: art. 1, reformado por la Ley 4/1973).

⁵² Por ejemplo, el Incora adquirió cerca de veinte millones de hectáreas que permitieron asentar a más de medio millón de familias; véase la información que proporciona Trujillo Cueto (2014, pp. 42-46).

⁵³ “Terrible derecho” es la conocida expresión empleada para caracterizar el derecho de propiedad por el jurista italiano Rodotà (2013).

⁵⁴ Sentencia de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia 86/1988, de 11/08/1988 (ponente: J.E. Duque Pérez, con salvamentos de voto de 6 de los 24 magistrados que componían la formación judicial). En la Sentencia prevaleció el criterio favorable a entender que la arbitrariedad atribuida al derecho de propiedad por el art. 669 del Código Civil de 1887 era compatible con las previsiones constitucionales de 1936 sobre ese mismo derecho. Como el papel todo lo resiste, en la sentencia llegó a sostenerse que la función social del derecho de propiedad estaba

El anterior problema puede considerarse superado, al menos en el plano de los conceptos, como consecuencia de los principios establecidos en la vigente Constitución colombiana de 1991. En coherencia con la esencial asunción del modelo del Estado Social de Derecho, la propiedad se define allí como “una función social que implica obligaciones” y a la que es inherente “una función ecológica”⁵⁵. Definición que la Corte Constitucional ha considerado ya incompatible con la caracterización arbitraria del mismo derecho de propiedad en el Código Civil⁵⁶. Por añadidura, la legitimidad constitucional de la reforma agraria queda consolidada al haberse establecido explícitamente el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, así como a los servicios públicos generales y a los propios del ámbito rural⁵⁷.

implícita ya en la garantía expropiatoria contenida en la versión original de la Constitución de 1886 (art. 31: “cuando se hallaren en conflicto el interés privado y el interés público, aquél cederá ante éste”), redacción que se estimó incluso “más concisa y de más claros contornos jurídicos” que la establecida en la reforma constitucional de 1936 (art. 30: la propiedad, es “una función social que implica obligaciones”), llegándose a valorar despectivamente esta última previsión por la Corte como “un evidente error de técnica en la redacción”. Desde punto de partida tan sorprendente, no es extraño que la misma Corte, en la ponencia del magistrado Duque Pérez, interpretara que el art. 669 del Código Civil acogía la función social del derecho de propiedad entendiendo que “el calificativo de arbitrario está atemperado en la misma disposición por la prohibición de que con su ejercicio se vulnere la ley o derecho ajeno”. En varios de los salvamentos de voto, los magistrados discrepantes pusieron de manifiesto la incompatibilidad de esa propiedad arbitraria con la propiedad constitucional, destacando que la definición contenida en el Código Civil “es viciosa en su original construcción”, pues “la propiedad venía preñada de ingredientes privatistas, de cerrado contenido individual y egoísta” (Gómez Velásquez), de manera que la definición legal “riñe con la letra y el espíritu de la Constitución”, lo que explica la falta de un adecuado desarrollo de la función social del derecho de propiedad (Mantilla Jácome y Saavedra Rojas), que en ningún caso puede entenderse como un derecho absoluto e incondicional (Aldana Duque).

⁵⁵ Arts. 1 y 58.2 de la Constitución colombiana de 1991. En la redacción original del art. 58.2 se permitían incluso las confiscaciones (expropiaciones sin indemnización), que podían ser adoptadas por mayoría absoluta en ambas cámaras legislativas, excluyéndose tales decisiones del control judicial; la cláusula fue suprimida en la reforma constitucional adoptada por Acto Legislativo 1/1999.

⁵⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-595/99, de 18/08/1999 (ponente: C. Gaviria Díaz). En ella, por unanimidad, se declaró inexecutable la palabra “arbitrariamente” del art. 669 del Código Civil por entender que “el concepto de propiedad que se consagra en la Constitución colombiana de 1991, y las consecuencias que de él hay que extraer, es bien diferente del que se consignó en el Código Civil adoptado en 1887”; en consecuencia, el contenido del precepto civilista, según el cual, el propietario puede ejercer las potestades implícitas en su derecho *arbitrariamente*, “no da cuenta cabal de lo que es hoy la propiedad en Colombia”.

⁵⁷ Art. 64 de la Constitución colombiana de 1991: “Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”. Seguidamente, en la misma Constitución se establecieron los compromisos relativos a la producción de alimentos, con variadas aplicaciones para el desarrollo rural integral, obras de infraestructura, investigación y transferencia de tecnología (art. 65). El cuadro constitucional de la agricultura culminaba con especiales referencias al crédito agropecuario (art. 66).

Conviene destacar el importante significado jurídico que ha de darse al pleno reconocimiento del derecho de propiedad como una función social en el texto fundamental de 1991⁵⁸. No se trata simplemente de legitimar los límites externos al mismo derecho derivados de la confluencia de otros derechos o de los intereses públicos previstos en la legalidad. Tal era el planteamiento individualista que se plasmó en la codificación civil conforme al original modelo francés y que tan profundamente penetró en la práctica jurídica colombiana, como hemos visto en el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia en 1988. La misma propiedad es ahora función social, y así lo reconoció la Corte Constitucional en 1999, de manera que su contenido y alcance se vinculan directamente al cumplimiento de esa finalidad esencial.

En el derecho positivo, la función social se desarrolla a través de diversos regímenes jurídicos que establecen las características de los derechos de propiedad en los diferentes sectores, determinando los regímenes estatutarios básicos de la propiedad forestal, agraria y urbana. La funcionalización conforma las características de las propiedades privadas. Cabría incluso sostener que se permite y protege el derecho en aras de lograr la utilidad general que el mismo presta. No obstante, debe recordarse que la función social del derecho de propiedad ha de hacerse compatible con la utilidad privada reconocida a su titular, según se advierte en la exigencia constitucional del respeto al contenido esencial del derecho⁵⁹.

⁵⁸ Véase Güiza et al. (2020, pp. 120-166) para el proceso de reconocimiento del campesinado en la Constitución colombiana de 1991, así como sobre el reforzamiento de los correspondientes contenidos constitucionales en la jurisprudencia, especialmente por parte de la Corte Constitucional (pp. 168-217).

⁵⁹ Cabe remitir ampliamente a la monografía sobre la propiedad constitucional de Santaella Quintero (2019), que lleva a cabo un sólido estudio comparado entre los ordenamientos español y colombiano. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español puede citarse el caso de la Ley de Reforma Agraria andaluza (Sentencia de 26/03/1987), en el que se fijaron varios criterios para determinar el contenido esencial del derecho de propiedad, cuya violación generaría derecho a la correspondiente indemnización: primero, la “recognoscibilidad” del derecho de propiedad establecido por el legislador, aspecto que remitía a la comparación con el tipo de derecho dominical correspondiente al “momento histórico de que se trate”; segundo, la “practicabilidad” del contenido del derecho, es decir, “la posibilidad efectiva de realización del derecho”, que había de dar la oportunidad de una rentabilidad al propietario; y tercero, la “proporcionalidad” de la delimitación establecida por el legislador, “sin que las limitaciones y los deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha intervenido en cuestiones cercanas al plantearse la distinción entre las delimitaciones del contenido del derecho de propiedad, que lícitamente pueden imponerse sin compensación, y las privaciones del derecho, que solo son admisibles si se realizan con la correspondiente indemnización; siguiendo el estudio de esta jurisprudencia de Barcelona Llop (2013, pp. 55-102), el criterio para identificar una privación es aquí el “auténtico y definitivo desapoderamiento, no una mera restricción de la facultad de goce y disposición, por grave o intensa que sea”; debe tratarse de una pérdida efectiva del dominio, de una sustracción, un despojo, una completa eliminación de toda posibilidad de disfrute o disposición; en otro caso, el TEDH califica la injerencia como lícita reglamentación del uso de los bienes. Para planteamientos que cabría calificar de más defensivos del contenido tradicional o individualista del derecho de propiedad, véase Agudo González (2011).

En todo caso, las primeras medidas adoptadas en este ámbito, dentro del ilusionante marco constitucional promovido en la presidencia de Gaviria, consistieron en la adopción de un nuevo marco legal para la reforma agraria en la Ley 60/1994⁶⁰. Un régimen caracterizado por diferentes postulados operativos con respecto al anterior, ya que, conforme a las medidas de liberalización general de la economía, se pretendía apoyar a los campesinos de escasos recursos en “los procesos de adquisición de tierras promovidos por ellos mismos, a través de crédito y subsidio directo”⁶¹. Era, pues, una apuesta por el mercado de tierras, que se trataba de potenciar a través del flamante Sistema Nacional de Reforma Agraria, concebido como medio para coordinar la actuación de variadas autoridades⁶².

En la Ley 160/1994, la búsqueda de la vitalidad social para la realización de la reforma agraria se advertía también en los elementos representativos. Así se apreciaba en la composición de la junta directiva del Incora, que actualizaba y ampliaba la presencia de los intereses sociales⁶³. En el mismo sentido se orientaba el nuevo Consejo Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, con funciones consultivas⁶⁴.

Desde el punto de vista de las exigencias constitucionales, en principio no cabe realizar ningún reproche a la orientación neoliberal de la Ley 160/1994. La reforma agraria puede establecerse mediante instrumentos coactivos de redistribución de la propiedad, pero también cabe que siga

⁶⁰ Ley del Sistema Nacional de Reforma Agraria 160/1994, de 3 de agosto.

⁶¹ Art. 1.3º de la Ley 160/1994. Según el art. 21 de la misma Ley, el subsidio podía alcanzar el 70 por ciento del valor de la unidad familiar agraria, además del importe de la tasa de interés del crédito restante; previsión legal declarada exequible en la Sentencia de la Corte Constitucional C-180/05, de 01/03/2005 (ponente: H.A. Sierra Porto), al entenderse que no infringía el principio de igualdad en relación con los terrenos adquiridos para constituir resguardos indígenas, cuyo importe podía ser asumido enteramente (no sólo en el 70 por ciento) por el Incora.

⁶² En el art. 2 de la Ley 160/1994, el Sistema Nacional de Reforma Agraria se definía como un mecanismo de planeación, coordinación, ejecución y evaluación de las actividades encaminadas al desarrollo de la economía campesina, y particularmente del acceso a la propiedad de la tierra por los trabajadores agrarios. La ambición del diseño legal se ponía de manifiesto en la sucesiva enumeración, en el art. 4 de la misma Ley, de los subsistemas afectados, que afectaban a distintos órganos y entidades en las operaciones de adquisición y adjudicación de tierras, organización y capacitación campesinas, servicios sociales básicos, investigación y asistencia técnica, mercadeo y financiación.

⁶³ Art. 15 de la Ley 160/1994, en el que se abandonaba el criterio de la paridad política en la composición de la junta directiva del Incora, de manera que se suprimieron los representantes parlamentarios y se estableció un ligero dominio de los siete miembros de procedencia gubernamental sobre los seis de origen social, sin incluir ya obligatoriamente ni militares ni católicos.

⁶⁴ Art. 5 de la Ley 160/1994, que preveía una composición igualitaria del Consejo: 13 representantes gubernamentales y 13 de intereses sociales.

fórmulas de fomento del libre mercado. Las opciones ideológicas están abiertas, lo vinculante es el objetivo de reforma agraria, no los instrumentos para su logro.

No obstante, la opción por el mercado tampoco era absoluta en la Ley 160/1994, puesto que se facultaba al Incora para ejercer una suerte de tutela o supervisión administrativa en los procesos de negociación voluntaria entre campesinos y propietarios⁶⁵. Los mismos títulos de propiedad constituidos con subsidios públicos eran condicionados durante un plazo de doce años al efectivo logro de la finalidad redistributiva de la propiedad de las tierras⁶⁶. Además, seguían previéndose las adquisiciones públicas de tierras, incluso por expropiación forzosa⁶⁷.

Por otra parte, la Ley 160/1994 introdujo la figura de las zonas de reserva campesina, que permitían establecer niveles y tipos de explotación adecuados a las características frágiles de las tierras de la frontera agrícola⁶⁸. El sistema general de adjudicación de los baldíos nacionales dejó de favorecer las grandes ocupaciones al vincularse a la promoción de las unidades agrarias familiares⁶⁹.

Posteriormente, la trayectoria general de las reformas agrarias colombianas nos sitúa ya en la presidencia de Uribe, que nos ofrece un intento finalmente fallido de establecer un régimen jurídico alternativo de la reforma agraria dominado por las técnicas del desarrollo rural. En una primera fase, el Incora fue sustituido por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) y, en la Ley 812/2003, se ampliaron los objetivos de la reforma agraria para incentivar proyectos productivos, no necesariamente vinculados a los campesinos⁷⁰. En una segunda etapa se trató de sustituir el en-

⁶⁵ Arts. 27-30 de la Ley 160/1994.

⁶⁶ Art. 25 de la Ley 160/1994, que obligaba a la devolución del importe actualizado del subsidio en caso de enajenación o arrendamiento del terreno sin autorización, explotación inadecuada o falsedad en los datos del beneficiario.

⁶⁷ Arts. 31-33 de la Ley 160/1994. En el art. 12.20° de esta misma Ley se previó incluso la adquisición por Incora de predios objeto de sentencias favorables a los propietarios que resultaren de imposible ejecución al estar las tierras ocupadas por campesinos durante el año anterior a la aprobación de la Ley; norma que, en este último extremo, fue declarada inexecutable en Sentencia de la Corte Constitucional C-673/99, de 09/09/1999 (ponente: A. Barrera Carbonell), al entender que la limitación de las adquisiciones a fincas ocupadas en el año anterior violaba el principio de igualdad en perjuicio de los propietarios de fincas ocupadas en otro momento.

⁶⁸ Arts. 79-84 de la Ley 160/1994.

⁶⁹ Arts. 38-47 de la Ley 160/1994.

⁷⁰ El Incoder se creó por Decreto 1300/2003, de 21 de mayo, que previó un consejo directivo integrado por 5 representantes gubernamentales y 4 de diversos intereses sociales del ámbito agrario (art. 6). La Ley 812/2003, de 26 de junio, que aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, incluyó en sus arts. 24-26 reformas de los arts. 20-23 de la Ley 160/1994, suprimiendo las prioridades para la aplicación de los subsidios en zonas de alta concentración de la propiedad rural y ampliando el ámbito de aplicación de los mismos subsidios, de manera que no solo se aplicaran para la adquisición de tierras, sino también para proyectos productivos no necesariamente vinculados a los sujetos típicos de la reforma agraria.

tero sistema de 1994 con el Estatuto de Desarrollo Rural aprobado por Ley 1152/2007, operación que, sin embargo, quedó frustrada por la Corte Constitucional, que declaró inexecutable el entero cuerpo legal al no haberse seguido el procedimiento de consulta previa a comunidades indígenas y afrocolombianas⁷¹.

El mismo Incoder tuvo una vida efímera, pues en el mandato del presidente Santos sería sustituido por la Agencia Nacional de Tierras y la Agencia de Desarrollo Rural, nuevos establecimientos públicos entre los que se distribuyeron las funciones de la reforma rural integral que estaba diseñándose en el proceso de paz⁷². Se aprobó también entonces el nuevo Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, cuyos contenidos liberalizadores sobre el problema fundamental del reparto y enajenación de baldíos fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, al considerarlos regresivos con respecto a los derechos de acceso a la propiedad rural y demás reconocidos a los campesinos en la Constitución⁷³. No obstante, las medidas de favorecimiento de la agroindustria habían de continuar con la figura de las Zidres⁷⁴.

El recorrido por las diferentes regulaciones de la reforma agraria colombiana permite afirmar que los textos normativos sucesivamente aplicables no parecen especialmente problemáticos bajo puntos de vista conceptuales y sistemáticos. Se ha dispuesto de regímenes jurídicos plausibles con independencia de las orientaciones metodológicas: inicialmente de tipo intervencionista (1961), después vinculada al mercado (1994) y últimamente orientada al desarrollo rural (2003). Sin embargo, la trayectoria no puede considerarse exclusivamente como la evolución de un discurso ló-

⁷¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-175/09, de 18/03/2009 (ponente: L.E. Vargas Silva).

⁷² La Agencia Nacional de Tierras fue creada por Decreto 2363/2015, de 7 de diciembre, asumiendo las funciones de ordenación social de la propiedad; se rige por un consejo directivo integrado por 7 representantes gubernativos y 4 de intereses sociales del ámbito rural. La Agencia de Desarrollo Rural fue creada por Decreto 2364/2015, de 7 de diciembre, para aplicar las políticas de desarrollo rural; se rige por un consejo directivo integrado exclusivamente por 7 representantes gubernativos.

⁷³ Sentencia de Sala Plena de la Corte Constitucional C-644/12, de 23/08/2012 (ponente: A.M. Guillén Arango), con salvamentos de voto de 4 magistrados. En ella se declararon inexecutable los arts. 60-62 de la Ley 1450/2011, por la que se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, al estimarse que en tales preceptos se establecía un régimen regresivo de los derechos de acceso a la propiedad rural y de seguridad alimentaria garantizados en los arts. 64-66 de la Constitución de 1991. La Corte apreció que el régimen legal cuestionado liberalizaba las medidas restrictivas de la enajenación de baldíos en beneficio de empresas agroindustriales, desconociendo la situación de debilidad en la que quedaba el campesino enajenante. La nueva regulación no superaba, así, el “test de no regresividad” de los derechos sociales configurados por la ley conforme a los parámetros identificados en la propia jurisprudencia constitucional, pues los arts. 60-62 de la Ley 1450 tenían efectivamente carácter regresivo, afectaban a los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales implicados (derechos de a la propiedad campesina y de seguridad alimentaria) y carecían de una justificación adecuada en otros derechos o en intereses públicos relevantes.

⁷⁴ Ley 1776/2016, de 29 de enero, sobre las zonas de interés de desarrollo rural, económico y social.

gico. El fracaso de los intentos de resolver los problemas que suscita la injusta distribución de la tierra es una constatación presente en los análisis de resultados, que generalmente determinan propuestas alternativas o de mejora de la intervención pública⁷⁵. En todo caso, la principal causa de la falta de éxito de las reformas agrarias ensayadas en la experiencia colombiana se vincula al constante empleo de la violencia: para imponer las reformas, para impedir las, para establecer dominios territoriales o para recuperar la soberanía estatal⁷⁶. Por eso, como dije al principio de este trabajo, reforma agraria y paz son elementos indisolublemente vinculados.

⁷⁵ Véanse: Balcázar, López, Orozco y Vega (2001, pp. 45-46), quienes critican la falta de voluntad política para aplicar las reformas y también la excesiva vinculación al objetivo de redistribuir la propiedad de la tierra, planteamiento que estiman insuficiente al no ir acompañado de cambios en las estructuras generales de poder; Machado (2009, pp. 11-12 y 23-26), quien defiende la necesidad de emprender una reforma integral del mundo rural, comprendiendo, junto a la tradicional redistribución de la propiedad, actuaciones sobre mercado, tributación, educación y otros extremos; Franco y de los Ríos (2011, pp. 111-115), quienes proponen también una intervención amplia que tenga en cuenta el contexto social, económico y político, atendiendo a las necesidades básicas del mundo rural, el acceso al crédito o la asistencia técnica, entre otras cuestiones. Para los procesos de concentración y extranjerización de la propiedad de las tierras, analizando causas y recomendando líneas de actuación, véanse los estudios coordinados por Vega Rodríguez (2017), orientados a la aplicación en Colombia de las Directrices de Gobernanza Responsable de la Tenencia de la Tierra aprobadas por el Consejo de Seguridad Alimentaria Mundial (2012). No obstante, véase también la esperanzadora visión general de la Colombia rural promovida por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2011), que se sitúa en el contexto de las medidas adoptadas en favor de las víctimas del conflicto armado por la importante Ley 1448/2011, de 10 de junio, incluyendo la restitución de tierras a los despojados y desplazados (arts. 72-122), sobre la que también cabe remitir al balance que ofrecen Restrepo y Bernal (2014, pp. 29-59), ambos protagonistas activos de esa misma política.

⁷⁶ Véase en este sentido Reyes Posada (2009, pp. 1-14), quien refleja el empleo de la violencia en el ámbito rural ante la falta de cauces institucionales para la solución de los conflictos: a) primero, movilizaciones campesinas contra terratenientes; b) tras la represión militar, surgimiento del movimiento guerrillero, generador, a su vez, de nuevos procesos de esclavización del campesinado conforme la lógica bélica iba distanciándose de los conflictos agrarios; c) la formación de ejércitos privados de autodefensa que evolucionaron hasta formar un sólido y sórdido paramilitarismo; y d) enrareciendo todo el proceso, los poderosos medios corruptores y violentos del narcotráfico con su intento de dominar el mismo poder estatal. El propio Reyes Posada (2018, pp. 9-15) sintetiza los ocho informes sobre las reformas agrarias elaborados por el Centro Nacional de Memoria Histórica en el período 2012-2016, identificando los siguientes problemas: a) la exclusión de los colonos a la periferia de la frontera agraria; b) el escaso impacto de las políticas emprendidas y las leyes aprobadas en la materia; c) la multiplicidad de formas asociativas de los intereses de la población rural; d) el asentamiento de las organizaciones guerrilleras y paramilitares para el control del territorio; e) el papel del narcotráfico en el sustento de los cultivos ilícitos, los corredores de tránsito y el lavado de ganancias ilegales mediante la adquisición de tierras; f) los desplazamientos forzados relacionados con el abandono y el despojo de tierras; g) la incidencia de los grandes proyectos energéticos y mineros; y h) la diversidad de situaciones en función de los diferentes contextos regionales.

3. NATURALEZA Y ALCANCE DEL PROGRAMA PACTADO PARA LA REFORMA RURAL INTEGRAL

El Acuerdo Final de Paz de 2016 se inicia con el punto rotulado “Hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural integral”, en el que se establecen unas amplias bases para la transformación estructural del agro. Con carácter previo, antes de entrar en contenidos, interesa aclarar el alcance de ese pacto: ¿es una declaración de intenciones, un acuerdo vinculante, una norma jurídica, quizá de valor constitucional, o se trata de un tratado internacional? En definitiva, hemos de plantearnos cuál sea la naturaleza jurídica del Acuerdo de Paz, esto es, qué efectos derivan del mismo. Cuestión que no solo afecta a la reforma rural integral, sino a todos los contenidos del Acuerdo, aunque pudiera manifestarse con distinta intensidad en función tanto de lo específicamente pactado en cada uno de los puntos como del proceso seguido y de los resultados obtenidos en el posterior proceso de aplicación.

El problema planteado cuenta con una respuesta que podemos calificar de institucional, ya que es patrocinada por las altas instancias jurisdiccionales colombianas. No es una posición cerrada, sino evolutiva, al haber tenido que generarse en un breve espacio temporal, al hilo de las adaptaciones que imponían los sucesivos acontecimientos políticos.

La primera ocasión de atender al problema se le planteó a la Corte Constitucional al examinar el proyecto de la Ley estatutaria reguladora del plebiscito sobre el Acuerdo de Paz⁷⁷. En la Sentencia C-379/2016, frente a la pretensión del proyecto examinado de dar carácter normativo a la eventual aprobación popular, se sostuvo la doctrina de que los efectos del referendo plebiscitario “tienen un carácter exclusivamente político”, precisando que el resultado de la votación había de entenderse como “un mandato de implementación del Acuerdo Final dirigido al Presidente de la República”, caracterización de la que se sigue “que el resultado del plebiscito no tenga un efecto normativo, esto es, de adición o modificación de norma jurídica alguna, entre ellas la Constitución”⁷⁸.

⁷⁷ Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional C-379/2016, de 18/07/1988 (ponente: L.E. Vargas Silva), con aclaraciones o salvamentos parciales de voto de ocho de los nueve magistrados, incluido el ponente. En ella, de conformidad con lo establecido en el art. 153 de la Constitución, se llevó a cabo la revisión previa de la constitucionalidad del proyecto de Ley estatutaria reguladora del plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final de Paz.

⁷⁸ Sentencia C-379/2016: parágrafo 144, referido al inciso 2º del art. 3 del proyecto de Ley estatutaria reguladora del plebiscito sobre el Acuerdo de Paz, donde se establecía la obligación del Congreso y demás órganos, instituciones y funcionarios de dictar “las disposiciones que les correspondan para acatar el mandato proveniente del veredicto del pueblo expresado en las urnas”, inciso que se declaró inexecutable. En consecuencia, el texto final de la Ley estatutaria 1806/2016, de 24 de agosto, se limitó a establecer en su art. 3 que la decisión aprobada en el plebiscito “tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo”. Al objeto de rechazar la tesis de que la aprobación popular involucraba la introducción de reformas constitucionales, argumentó la Corte que “el plebiscito no es un mecanismo de modificación de la carta política”, y además, que “si bien la decisión del cuerpo electoral tiene la máxima trascendencia en el Estado constitucional, ello no es incompatible con la nece-

En el mismo texto, la Corte Constitucional, previsoramente quizá a la vista de los acontecimientos posteriores, prolongó su argumentación planteando, en una suerte de *obiter dicta*, la cuestión de los efectos que habían de darse a la no aprobación del plebiscito⁷⁹. La consecuencia sería nada menos que “la imposibilidad jurídica de implementar el Acuerdo Final”, según afirmaba el tribunal, aunque enseguida matizaba que “una potencial desaprobación del Acuerdo Final tiene incidencia únicamente respecto de la implementación de esa política pública”, pues las competencias de los diferentes órganos del Estado se mantendrían “incólumes”. En consecuencia, el presidente podría ejercer su genérica facultad de mantener el orden público (art. 189.4 de la Constitución) “incluso a través de la negociación con grupos armados ilegales, tendiente a lograr otros acuerdos de paz”⁸⁰.

La siguiente oportunidad de intervenir en esta materia se presentó a la Corte Constitucional en los sucesivos pronunciamientos relativos al Acto Legislativo 1/2016, donde se preveía la introducción en la Constitución de instrumentos jurídicos de vigencia temporalmente limitada para ejecutar el Acuerdo Final una vez que hubiera obtenido el referendo popular: tales eran el procedimiento legislativo especial para la paz o las facultades presidenciales de expedir decretos con fuerza de ley. En la Sentencia C-699/2016 se declaró exequible esa regulación, pero sin dar fuerza normativa al Acuerdo de Paz, limitándose la Corte Constitucional a confirmar la observancia de los límites aplicables al concreto Acto Legislativo 1/2016 sometido a control constitucional y dejando a salvo la observancia de las reglas de producción normativa para la efectiva modificación del ordenamiento jurídico⁸¹. Coherentemente, en la Sentencia C-332/2017 se precisó que esa doctrina había de con-

siderar que la voluntad de los ciudadanos se exprese a través de los canales previstos para el efecto y tenga las consecuencias que el ordenamiento superior le adscribe”. En síntesis, continuaba el razonamiento de la Corte, “el principio de soberanía popular no puede ser extendido al grado de anular las instancias y condiciones para la expresión jurídicamente válida de la voluntad popular”. De esta manera, se distinguía claramente entre la refrendación popular del Acuerdo Final y la implementación del resultado favorable del referéndum a través de las facultades de impulso e iniciativa gubernamental correspondientes al presidente, que en ningún caso le permiten dejar de aplicar las exigencias y requisitos constitucionales para aprobar las leyes o, en su caso, para reformar la misma Constitución: “los efectos vinculantes de la decisión del pueblo en el plebiscito especial cobijan exclusivamente al Presidente de la República, sin que las mismas se extiendan a otros poderes públicos”.

⁷⁹ Con independencia de que las consideraciones de la Corte Constitucional (siempre en Sentencia C-379/2016: parágrafo 144) sobre los efectos de la falta de referendo popular del Acuerdo Final, nos resulten útiles a la vista de los resultados negativos del plebiscito, cabría considerar que estrictamente son reflexiones ajenas al proceso constitucional en el que se producen, pues versan sobre un extremo que, en verdad, no se comprendía en la literalidad del proyecto de Ley estatutaria sometido al juicio de la Corte y, por tanto, en los límites de su competencia.

⁸⁰ El razonamiento de la Corte Constitucional puede resultar aquí un tanto críptico, pues la tesis inicial de que la no aprobación popular del Acuerdo de Paz impide ejecutar este, parece desmentida a continuación (en la misma Sentencia C-379/2016: parágrafo 144) con la precisión de que, no obstante, el presidente podría pactar un nuevo Acuerdo de Paz.

⁸¹ Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional C-699/2016, de 13/12/2016 (ponente: M.V. Calle Correa).

ducir a declarar inexequibles los contenidos del mismo Acto Legislativo que limitaban la capacidad legislativa plena del Congreso⁸².

En definitiva, en la jurisprudencia constitucional referida a las grandes decisiones político-jurídicas anteriores al plebiscito encontramos atribuido un valor exclusivamente político al Acuerdo de Paz. La más directa utilidad derivada del mismo consistía en legitimar al presidente de la República para ejercer la iniciativa de aprobación de las normas que estimara precisas de cara a ejecutar tal Acuerdo, pero sin que ni del mismo ni de su eventual ratificación parlamentaria pudiera deducirse ningún cambio en el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, las potestades constitucionales de mantenimiento del orden público facultaban también la acción política del presidente tendente a suscribir “otros” acuerdos de paz.

Según nos consta, esto último fue lo acaecido, de manera que, tras el resultado negativo del plebiscito, el presidente de la República siguió un proceso de negociación política con las fuerzas de la oposición y terminó firmando el nuevo Acuerdo Final de Paz con las FARC-EP⁸³. En esas semanas de frenética actividad institucional, que incluyeron un decidido apoyo internacional al proceso y a los resultados de La Habana, el Consejo de Estado, a requerimiento gubernamental, hubo de pronunciarse sobre la posibilidad de que el Congreso refrendara el mismo Acuerdo de Paz. Así, en el Concepto 2323/2016, el órgano consultivo, asumiendo y aplicando los planteamientos hechos valer previamente por la Corte Constitucional, manifestó su criterio favorable a la refrendación del Acuerdo de Paz por el Congreso en aplicación de las genéricas competencias parlamentarias de control político y sin que ello implicara ningún efecto normativo⁸⁴.

⁸² Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional C-332/2017, de 17/05/2017 (ponente: A.J. Lizarazo Ocampo). En todo caso, los cambios normativos derivados del Acto Legislativo 1/2016 no llegaron a introducirse en el bloque de la constitucionalidad colombiano, dado que su entrada en vigor estaba enteramente condicionada a la refrendación popular del Acuerdo Final (art. 5), previsión que fue declarada exequible en la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional C-245/2019, de 05/06/2019, ponente: A. Linares Cantillo.

⁸³ Como es bien sabido, el *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* conoció dos versiones. La primera fue suscrita por los representantes del Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) con fecha 24/08/2016, sometándose a plebiscito de refrendación con fecha 02/10/2016 y resultando que el pueblo no refrendó el Acuerdo en cuestión. La segunda versión llegó tras un proceso de negociación con las fuerzas políticas de la oposición, determinando la suscripción de un nuevo Acuerdo Final de Paz con fecha 12/11/2016, que fue ratificado el 24/11/2016 por el Presidente de Colombia y el comandante del Estado Mayor Central de las FARC-EP, y finalmente refrendado el 29/11/2016 por el Senado y el 30/11/2016 por la Cámara de Representantes (manejamos la edición integrada de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, accesible en jep.gov.co).

⁸⁴ Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado 2323/2016, de 28/11/2016 (ponente: G.A. Bula Escolar). Indicaba el supremo cuerpo consultivo del Gobierno colombiano que la incorporación del Acuerdo de Paz “no lo dota de efectos de producción de normas en el ordenamiento positivo”, de manera que las normas consecuentes habrán de ser “producto específico de la fase de implementación del Acuerdo Final”,

En esta rápida sucesión de acontecimientos jurídicos y políticos, acompañados siempre de amplios debates en la opinión pública, terminó afrontándose la cuestión, ya no hipotética ni dependiente de refrendo plebiscitario, del valor que había de darse al segundo y definitivo Acuerdo de Paz firmado el 24 de noviembre de 2016. Así, por Acto Legislativo 2/2017 se incorporó a la Constitución colombiana un nuevo artículo transitorio con dos previsiones: de una parte, la obligatoriedad general del texto pactado, definida como la obligación de los órganos y autoridades del Estado de “cumplir de buena fe” con “lo establecido en el Acuerdo Final”; de otra parte, adicionalmente, la especial vinculación a ciertos contenidos del mismo Acuerdo, aquellos correspondientes a “normas de Derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución”, a los que se atribuye el valor de “parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez”⁸⁵.

La reforma rural integral del Acuerdo Final, que es nuestro objeto de atención, parece que ha de ser incluida en el cuadro de los efectos más generales establecidos en el nuevo artículo transitorio de la Constitución, esto es, los consistentes en cumplir de buena fe el texto pactado. Así lo ha aceptado la Corte Constitucional en la sentencia C-630/2017, que parece marcar, si no una nueva postura en la materia, sí una corrección o una matización significativa, ya que ahora el Acuerdo de Paz se presenta como definitorio de “una gran política pública” a la que el Estado debe dar cumplimiento “en el marco de la discrecionalidad y la autonomía de los poderes públicos”. Por fin, la paz constitucional aparece como elemento esencial del debate jurídico, elemento “preponderante”, afirma la Corte, en la posible tensión con otros pilares constitucionales⁸⁶. En todo caso, se ha producido una cierta incorporación a la Constitución del Acuerdo de Paz, cuya ejecución de buena fe por todos los actores políticos e institucionales se impone⁸⁷. Lo que parece dudoso es que

precisándose también en el Concepto que la decisión adoptada por el Congreso de la República en la refrendación del Acuerdo, con independencia de su sentido, “en ningún caso comprometerá su libertad de configuración normativa en el ejercicio de las competencias constituyentes y legislativas que le son propias”.

⁸⁵ Art. 1 del Acto Legislativo 2/2017, de 11 de mayo, por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. La vigencia temporal de esta reforma constitucional se limita a “los tres períodos presidenciales completos posteriores a la firma del Acuerdo Final” (art. 2).

⁸⁶ Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional C-630/2017, de 11/10/2017 (ponentes: L.G. Guerrero Pérez y Lizarazo Ocampo, con cinco aclaraciones de voto).

⁸⁷ La reforma constitucional operada por el Acto Legislativo 2/2017 establece la obligatoriedad de ejecutar el Acuerdo de Paz, aunque de ahí no cabe deducir la íntegra incorporación constitucional del mismo. En todo caso, la nueva regla incluida explícitamente en el texto fundamental nos lleva a descartar otras caracterizaciones del Acuerdo de Paz, que hubiera podido encajar en la categoría de las convenciones constitucionales. Téngase en cuenta en tal sentido el criterio de Loewenstein (1982, pp. 164-165) cuando indica que la acomodación a la realidad de las constituciones puede tener lugar mediante la reforma formal del texto escrito o a través de la mutación contenida en una convención constitucional. Así, en el caso colombiano analizado se ha reformado la Constitución para dar acogida expresa al gran pacto político de la paz. De cualquier manera, para la figura de las convenciones constitucionales véanse Elvira Perales (1986) y González Trevijano (1988), donde se pueden en-

la reforma rural integral prevista en dicho Acuerdo pudiera generar ni derechos ni obligaciones exigibles judicialmente⁸⁸.

Conforme a esta orientación, el acuerdo agrario de la paz es una declaración de valor predominantemente político, un texto de gran trascendencia para la ciudadanía, que continúa y detalla el originario compromiso constitucional con la reforma agraria. Al propio tiempo, el acuerdo obliga a un comportamiento institucional de cumplimiento de sus contenidos, tal y como se ha previsto en la reforma constitucional de 2017. No obstante, quizá convendría relajar tanto la polémica suscitada sobre esta última cuestión como el alcance de la misma, al menos en la concreta perspectiva de las previsiones sobre la reforma rural integral. En realidad, el otorgamiento de una naturaleza normativa a todas y cada una de las palabras recogidas en el Acuerdo de Paz probablemente carecería de sentido; insisto, en especial si nos referimos a la cuestión agraria. Lo pactado sobre ella se parece más a una memoria explicativa de un programa de actuaciones que a una verdadera norma jurídica, tanto por su composición como por su presentación y aun por su mismo contenido. No encontramos un texto articulado en preceptos que regulen una materia, sino, más bien, un discurso lógico que identifica las necesidades, justificando las distintas líneas de actuación. Es un programa razonado de las reformas que se consideran precisas en el ámbito rural.

contrar útiles referencias de la doctrina clásica en la materia (A.V. Dicey, G. Jellinek, G. Treves, G.U. Rescigno...).

⁸⁸ Dejamos a salvo los efectos del Acuerdo de Paz en relación con aspectos humanitarios y derechos fundamentales. En este sentido cabe señalar la interpretación alternativa que se postula en la doctrina internacionalista con apoyo en las variadas experiencias nacionales que están conduciendo a la consolidación de un Derecho de la paz. Véase Ch. Bell (2008), quien ha elaborado una teoría general sobre la *lex pacificatoria* partiendo de más de seiscientos acuerdos de paz adoptados en muy diferentes países, teoría que la misma Ch. Bell (2016) ha aplicado al Acuerdo Final de Paz de Colombia. Véanse también: L. Betancur Restrepo (2016), quien propone incluir el Acuerdo de Paz colombiano en la categoría de los “acuerdos especiales” prevista en la Convención de Ginebra de 1949 sobre el Derecho de los Tratados; Uprimny y Güiza (2019), quienes exigen contraponer al estatuto internacional de beligerancia el de “pacigerancia”, que implicaría el reconocimiento de personalidad jurídica internacional plena a los grupos armados no estatales con la exclusiva finalidad de pactar una solución negociada de los conflictos. Ciertamente, los elementos configuradores del Acuerdo colombiano invitan a pensar en rasgos cercanos a un convenio internacional: las largas negociaciones entabladas fuera del país, la designación de equipos negociadores comprometidos en la obtención del resultado final, la presencia de Estados garantes del pacto, la recepción y bienvenida formales del texto de los acuerdos por el secretario general de Naciones Unidas, incluyendo su envío al Consejo de Seguridad. El mismo otorgamiento del Nobel de la Paz de 2016 al presidente Santos supone la culminación de esa implicación jurídico-internacional que algunos autores están buscando para el acuerdo colombiano. Bajo la óptica de la Constitución de Colombia, si se reconociera la personalidad jurídica internacional de las FARC-EP, el Acuerdo de Paz podría considerarse celebrado por una de las “entidades de Derecho internacional” con las que el presidente de la República puede suscribir tratados o convenios (art. 189.2). Incluso el requisito de aprobación por el Congreso, previsto en el mismo art. 189.2 de la Constitución y reiterado en el art. 224, podría en tal caso considerarse sustancialmente cumplido mediante la refrendación del Acuerdo de Paz adoptada por el Senado y la Cámara de Representantes.

En consecuencia, el efecto obligatorio del Acuerdo Final de Paz, en lo atinente a la reforma rural integral, cabría referirlo a esa programación del conjunto de normas que han de ser aprobadas y llevadas a la práctica por el Estado colombiano. El firmante del mismo, que institucionalmente es el presidente de la República y no el concreto titular del cargo, se compromete, en un texto formal que cuenta con el refrendo del Congreso, a aprobar o promover el nuevo régimen jurídico-agrario conforme a las características generales pactadas. Posteriormente, la obligación del mismo Congreso de cumplir de buena fe lo pactado ha accedido incluso a la Constitución, con una reforma que se ha declarado exequible por la Corte Constitucional. No puede negarse el alto valor político de esos pactos, máxime cuando se comprueba que, en la concreta materia rural, el texto del Acuerdo de Paz apenas experimentó correcciones entre las versiones anterior y posterior al fracasado intento de conseguir su refrendación plebiscitaria⁸⁹.

En definitiva, parece concurrir un esencial consenso político sobre la necesidad de una reforma rural integral de determinadas características. En el diseño incorporado al Acuerdo Final de Paz cabe identificar tres grandes pilares que sostienen la arquitectura de dicha reforma: 1º) la democratización sostenible de la propiedad fundiaria, que se persigue con variados instrumentos como el Fondo de Tierras de distribución gratuita, la formalización masiva de la pequeña y mediana propiedad rural, la nueva jurisdicción agraria, el catastro multipropósito o el cierre de la frontera agrícola; 2º) la transformación territorial de las comunidades a través de los planes de desarrollo con enfoque territorial, que pretenden comprometer a las organizaciones étnicas y campesinas en la búsqueda de los elementos del propio bienestar; y 3º) finalmente, el compromiso contra la pobreza campesina a través de la aprobación de planes nacionales orientados a cerrar la brecha entre el campo y la ciudad en áreas variadas, que abarcan desde las infraestructuras de vialidad, riego y electrificación hasta el desarrollo social en salud, educación, vivienda y erradicación de la pobreza, todo ello junto a un amplio sistema de estímulos a la producción agropecuaria y a la economía solidaria y cooperativa.

La acogida doctrinal dispensada a este programa de actuaciones de la nueva política agraria establecido en el Acuerdo Final de Paz cuenta con visiones que cabe considerar favorables al diseño general de la reforma rural integral⁹⁰. El compromiso alcanzado entre el Gobierno y las FARC, y

⁸⁹ Las novedades introducidas en la versión definitiva del Acuerdo de Paz pueden considerarse secundarias en esta materia, dado que no cambian el significado general de las previsiones sobre la reforma rural integral. No obstante, cabe indicar que son reformas encaminadas a acentuar las garantías de los propietarios, como la declaración de que las expropiaciones se ajustarán a la Constitución y las leyes, las diversas previsiones de que actúe la autoridad competente en cada caso, así como la cautela de contar con “reglas claras” para acceder a la propiedad sobre la tierra o estableciendo que la regularización de títulos no se limite a las propiedades pequeñas y medias.

⁹⁰ Véanse: Machado Cartagena (2013, p. 13), quien viene postulando la necesidad de comprender conjuntamente las políticas redistributivas de la reforma agraria tradicional, las políticas de ordenación del territorio que permitan combinar la mejora de los factores de producción agraria con la protección de los recursos naturales y, finalmente, las políticas de desarrollo orientadas a la modernización del mundo rural, estableciendo, así, un con-

después refrendado por el Congreso, ha determinado, por tanto, un elevado grado de consenso en la formalización de los objetivos políticos por alcanzar, lo que implica el definitivo asentamiento como esencial cuestión de Estado de la política de reforma rural integral⁹¹.

Cabe concluir nuestro discurso sosteniendo que los ideales de justicia y solidaridad con el mundo rural, propios del Estado Social de Derecho y desconocidos en la historia colombiana, tras reflejarse en los compromisos constitucionales de 1936 y 1991, parecen haber encontrado una adecuada prolongación en el sistema jurídico de la reforma rural integral prevista en los Acuerdos de Paz. Un sistema que, entre los diversos modelos comparados y las experiencias proporcionadas por la propia trayectoria nacional, opta por una línea de trabajo múltiple. Así, como hemos visto, no se establece una fórmula única, ni siquiera predominante, de actuación, lo que casa bien con la complejidad de las necesidades implicadas. Conforme a los tres pilares identificados, hay cuestiones propietarias por resolver, pero también un desarrollo que ha de promoverse por las colectivida-

junto de previsiones que se sitúan en la óptica adoptada por la reforma rural integral, cuyos contenidos el mismo autor expone (pp. 179-190); Restrepo y Bernal (2014, pp. 177-237), quienes llevan a cabo un análisis histórico y político del punto agrario pactado en primer término en la agenda de La Habana en 2013 asumiendo, como punto de partida, el “deber ético y político que incumbe a todos los sectores de la sociedad colombiana para encontrarle soluciones lúcidas al problema agrario y al desarrollo rural” (pp. 18-19); Reyes Posada (2016, pp. 43-73), quien se ocupa de exponer la importancia y fundamento de la reforma rural integral pactada en La Habana identificando como ejes de actuación la gestión del territorio, el ordenamiento social de la propiedad y el desarrollo rural con enfoque territorial (pp. 76-77), además de explicar las actividades de ejecución efectivamente emprendidas (pp. 93-123); Matías Camargo (2017, p. 19), quien aprecia en la reforma “avances progresistas favorables a los campesinos”; Santaella Quintero (2017), quien contribuye a clarificar los contenidos de la reforma rural integral exponiendo los “mitos” que se han generado en el debate político sobre supuestos riesgos para la propiedad privada o contra la agroindustria, entre otros aspectos (pp. 314-327), lo cual no le impide, al mismo tiempo, identificar las “verdades” que se manejan en la controversia, como son las relativas a la necesidad de una nueva institucionalidad o la ineludible alza del impuesto predial (pp. 327-335), para terminar estableciendo los “desafíos” a los que se enfrenta la reforma rural integral, que para el autor son la urgente necesidad de establecer vías adecuadas de formalización de la propiedad, la previsión de un régimen heterogéneo de adjudicación de baldíos en función de las diferentes variables concurrentes, la provisión por el Estado de bienes y servicios públicos imprescindibles en el mundo rural, los mecanismos de canalización de las vías participativas, y la modernización de los procesos agrarios (pp. 335-341)

⁹¹ Conviene indicar, no obstante, que no dejan de existir críticas a la lentitud, a las omisiones y a las dificultades del proceso de ejecución de la reforma rural integral, incluyendo descalificaciones de las normas de desarrollo que ya han sido aprobadas. Véanse en tal sentido: Trujillo Cueto (2014, pp. 48-51), quien se muestra escéptica en relación con la reforma rural integral pactada en La Habana, pues el eje de la misma sigue siendo la democratización del acceso a la tierra (p. 52), con descuido de las previsiones financieras y organizativas (p. 59); Matías Camargo (2018, pp. 41-42) denuncia la implementación lenta y tardía de la reforma rural integral, considerando que no satisface las exigencias del Acuerdo de Paz, con especial énfasis en las omisiones del Decreto 902/2017, que contiene medidas para facilitar la reforma rural integral (pp. 34-36); Bedoya Bedoya (2019, pp. 51-54) insiste en las críticas al Decreto 902/2017; Cabrera Suárez (2019, p. 19) juzga insuficientes los contenidos del mismo Decreto 902/2017 sobre la titulación de baldíos.

des afectadas, enfrentándonos, en último extremo, a un problema de integración nacional. Las instituciones del Estado Social de Derecho, con sus amplias garantías y prestaciones en materia de justicia, seguridad, sanidad, educación, trabajo, transporte, vivienda y otros aspectos, han de extenderse plena y efectivamente a la Colombia rural. Receta que puede parecer sencilla, e incluso simplista, pero que es necesario afirmar, insistiré una vez más, como la gran cuestión de Estado pendiente en la Colombia constitucional.

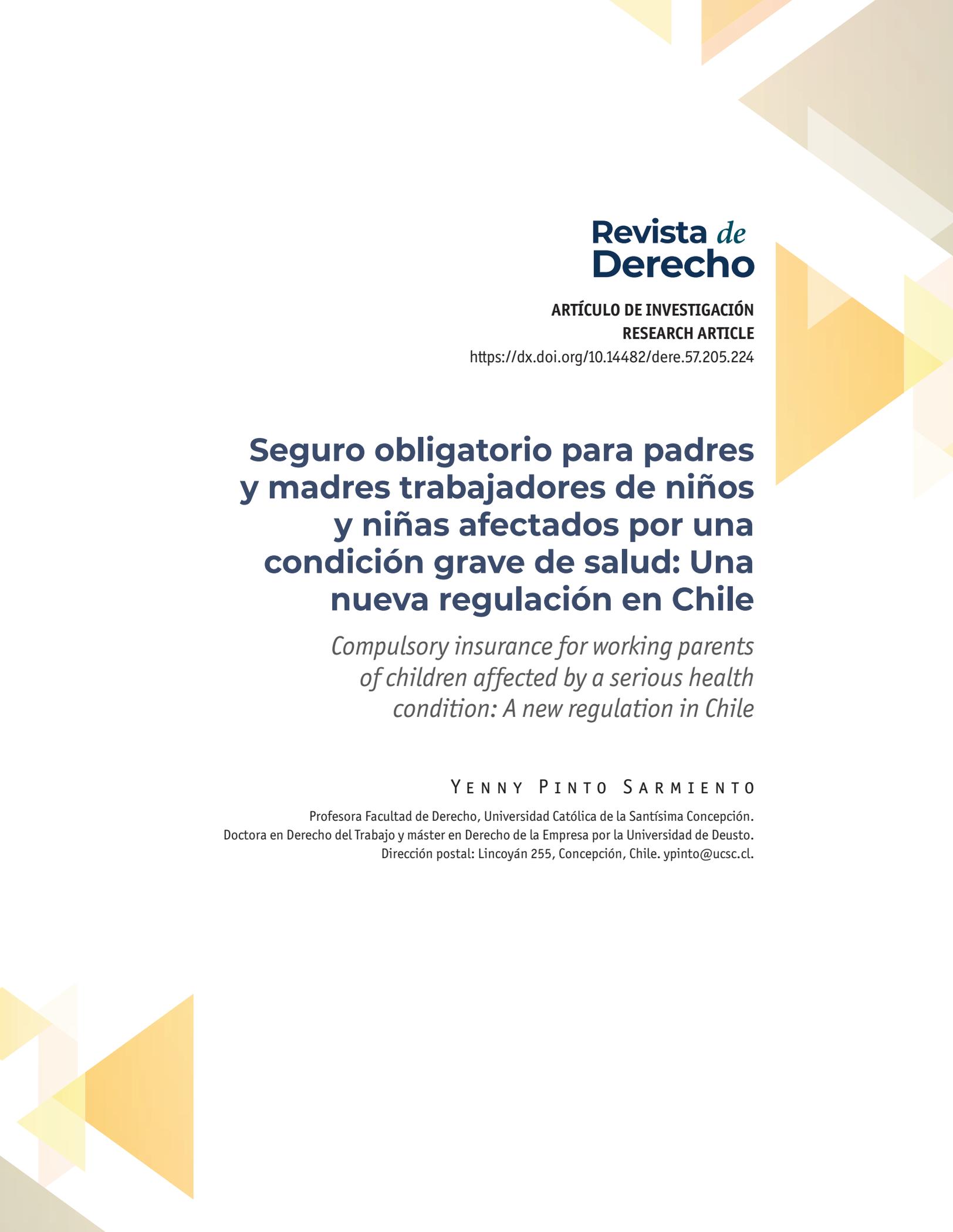
REFERENCIAS

- Agudo González, J. (2011). Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada. *Revista de Administración Pública*, 185, 9-47.
- Alegrett, R. (2003). Evolución y tendencias de las reformas agrarias en América Latina. *Land Reform, Land Settlement and Cooperatives* (FAO), 2, 1-16.
- Amunátegui Perelló, C.F. (2009). No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil. *Revista Chilena de Derecho*, 36 (3), 505-529.
- Balcázar, A., López, N., Orozco, M.L. y Vega, M. (2001). *Colombia: alcances y lecciones de su experiencia en reforma agraria*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina de Naciones Unidas (Cepal).
- Barcelona Llop, J. (2013). Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barnés Vázquez, J. (1988). *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*. Civitas.
- Barreto, A. (1988). Reforma agraria y revolución en Portugal, 1974-1976. *Revista de Estudios Políticos*, 60-61, 413-429.
- Bedoya Bedoya, M.R. (2019). Luces y sombras en la implementación del acuerdo de tierras en Colombia. *Estudios Políticos*, 54, 37-58.
- Bell, Ch. (2008). *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*. Oxford University Press.
- Bell, Ch. (2016). Lex pacificatoria colombiana: Colombia's peace accord in comparative perspective. *American Journal of International Law*, 110, 165-171.
- Betancur Restrepo, L. (2016). The legal status of the Colombian peace agreement. *American Journal of International Law*, 110, 188-192.
- Brakensiek, S. (2006). Reformas agrarias y transformación de la sociedad rural en el siglo XIX. En G. Sanz y J. Millán (coords.), *Sociedades agrarias y formas de vida: la historia agraria en la historiografía alemana, siglos XVIII-XX* (pp. 27-46). Prensas Universitarias de Zaragoza,.
- Caballero Calderón, E. (1954). *Siervo sin tierra*. Guadarrama.

- Cabrera Suárez, L.A. (2019). Evolución de los modelos jurídicos aplicados en la formalización de la propiedad rural, en particular en el proceso de formalización de baldíos rurales en Colombia. *Derecho y Políticas Públicas*, 20 (28), 1-20.
- Comité de Seguridad Alimentaria Mundial (2012). *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*. Roma: FAO.
- Dios, S. de, Infante, J., Robledo, R. y Torijano, E., coords. (1999). *Historia de la propiedad en España. Siglos XV-XX: encuentro interdisciplinar*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- Delgado, O. (1965). *Reformas agrarias en América Latina (Procesos y perspectivas)*. Fondo de Cultura Económica.
- Díaz del Moral, J. (1929). *Historia de las agitaciones campesinas andaluzas. Córdoba (Antecedentes para una reforma agraria)*. Ed. Revista de Derecho Privado.
- Elvira Perales, A. (1986). Las convenciones constitucionales. *Revista de Estudios Políticos*, 53, 125-150.
- Fornillo, B. (2012). ¿Existe una reforma agraria en la Bolivia del movimiento al socialismo?" *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, 42, 152-166.
- Frailé, P. (1991). Las reformas agrarias y la modernización económica. *Geo Crítica*, 93, 1-29.
- Franco Cañas, A.M. y Ríos Carmenado, I. de los (2011). Reforma agraria en Colombia: evolución histórica del concepto. Hacia un enfoque integral actual. *Cuadernos de Desarrollo Rural*, 67, 93-119.
- García, A. (1967). Proceso y frustración de las reformas agrarias en América Latina. *Estudios Internacionales*, 3-4, 353-410.
- García, A. (1981). *Reforma agraria y desarrollo capitalista en América Latina: de los asentamientos coloniales al capitalismo independiente*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- García-Sanz, A. (1985). Introducción: crisis de la agricultura tradicional y revolución liberal: 1800-1850. En A. García-Sanz y R. Garrabou Segura (Eds.), *Historia agraria de la España contemporánea* (vol. I, pp. 7-99). Barcelona.
- González Trevijano, P.J. (1988). Las convenciones constitucionales. *Revista de Derecho Político*, 26, 49-84.
- Grosso, P. (2011). ¿Por qué la idea de reforma agraria está perdiendo vigencia en América Latina? *Land Tenure Journal* (FAO), 1, 149-166.
- Güiza Gómez, D.I., Bautista Revelo, A.J., Malagón Pérez, A.M. y Uprimny Yepes, R. (2020). *La constitución del campesinado. Luchas por reconocimiento y redistribución en el campo jurídico.*, Dejusticia.
- Gutelman, M. (1967). *L'agriculture socialisée à Cuba*. François Maspéro. (Traducción española, *La agricultura socializada en Cuba*, Era, 1970).
- Gutelman, M. (1974). *Structures y reformes agraires. Instruments pour l'analyse*. François Maspéro. (Traducción española, *Estructuras y reformas agrarias: los problemas agrarios y los métodos para su estudio*, Fontamara, 1978).

- Jovellanos, G. M. de (1784). *Informe sobre la Ley Agraria* (Edición crítica de G. Carnero. Cátedra, 1997).
- Kay, C. (1998). Latin America's agrarian reform: lights and shadows. *Land Reform, Land Settlement and Cooperatives* (FAO), 2, 9-31.
- Kretschmer, R. (2018). Conflictos agrarios y luchas campesinas en Paraguay. En B. Mançano Fernandes, L.F. Rincón y R. Kretschmer (comp.), *La actualidad de la reforma agraria en América Latina y el Caribe* (pp 109-128). Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Lázzaro, S. B. (2017). Reforma agraria y práctica política en el contexto del desarrollo y la modernización, Argentina, 1955-1975. *América Latina en la Historia Económica*, 24 (3), 193-223.
- Lipton, M. (2009). *Land reform in developing countries: property rights and property wrongs*. Routledge.
- Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución*, traducción española y estudio preliminar de A. Gallego Anabitarte sobre la 2ª edición alemana (1969). Emegé.
- López Ramón, F. (1991). Agricultura. En S. Martín-Retortillo (Dir.), *Derecho Administrativo Económico* (pp. 278-404). La Ley.
- Machado Cartagena, A. (2009). *La reforma rural. Una deuda social y política*. Universidad Nacional de Colombia.
- Machado Cartagena, A. (coord.) (2013). *La política de reforma agraria y tierras en Colombia. Esbozo de una memoria institucional*. Centro Nacional de Memoria Histórica.
- Madrid Tamayo, T. (2018). La política agraria en Ecuador (1965-2015). *Economía*, 112, 89-120.
- Malefakis, E. (1972). *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX*. Ariel.
- Mançano, B., Rincón, L.F. y Kretschmer, R. (Comp.) (2018). *La actualidad de la reforma agraria en América latina y el Caribe*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Matías Camargo, S.R. (2017). La Reforma Rural Integral, la terminación del conflicto armado y el problema agrario en Colombia. *Diálogos de Saberes*, 46, 19-39.
- Matías Camargo, S.R. (2018). La Reforma Rural Integral y su implementación. *Diálogos de Saberes*, 48, 25-45.
- Mora Toscano, O. (2010). Los dos gobiernos de Alfonso López Pumarejo: Estado y reformas económicas y sociales en Colombia (1934-1938, 1942-1945). *Apuntes del CENES*, 50, 151-171.
- Morett Sánchez, J.C. (2006). *Reforma agraria: del latifundio al neoliberalismo*. Plaza y Valdés.
- Navarro Fernández, J.A. (Coord.) (2005). *Introducción al Derecho Agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*. Tirant lo Blanch.
- Noejovich, H.O. (2003). La noción abstracta de propiedad en América: una visión desde los Andes. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 56, 989-1014.
- Paz Ballivián, D. (2003). Medio siglo de la reforma agraria boliviana. *Temas Sociales*, 25, 183-188.

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2011). *Informe nacional de desarrollo humano. Colombia rural. Razones para la esperanza*. Dirección académica A. Machado Cartagena, Bogotá.
- Restrepo Salazar, J.C. y Bernal Morales, A. (2014). *La cuestión agraria. Tierra y posconflicto en Colombia*. Penguin Random.
- Reyes Posada, A. (2009). *Guerreros y campesinos. El despojo de la tierra en Colombia*. Colaboración de L. Duica Amaya. Norma.
- Reyes Posada, A. (2016). *La reforma rural para la paz*. Penguin Random.
- Reyes Posada, A. (2018). *Tierras. Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*. Centro Nacional de Memoria Histórica.
- Rodotà, S. (1982). Artículo 44. En G. Branca (Dir.), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici* (t. II, pp. VV). Zanichelli.
- Rodotà, S. (2013). *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Il Mulino.
- Santaella Quintero, H. (2017). Acuerdo de desarrollo rural integral y Derecho agrario del posconflicto: mitos, verdades y desafíos de su materialización. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 17, 311-342.
- Santaella Quintero, H. (2019). *La propiedad privada constitucional: una teoría*. Pons.
- Stolleis, M. (2019). El proyecto social de la Constitución de Weimar”, en *Revista de Historia Constitucional*, 20, 233-251.
- Trujillo Cueto, I.P. (2014). Reformas agrarias en Colombia: experiencias desalentadoras y una nueva iniciativa en el marco de los Acuerdos de Paz en La Habana. *Ensayos de Economía*, 45, 35-60.
- Uprimny Yepes, R. y Güiza Gómez, D.I. (2019). *Pacigerancia: el valor jurídico de los acuerdos de paz en el Derecho internacional*. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 3, 49-78.
- Vega Rodríguez, A. (Coord.) (2017). *Concentración y extranjerización de tierras productivas en Colombia. Marco conceptual, legal e institucional. Contribución a la aplicación de las directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra*. FAO.
- Vogelgesang, F. (1996). Los derechos de propiedad y el mercado de la tierra rural en América Latina. *Revista de la CEPAL*, 58, 95-114.
- Warman, A. (2001). *El campo mexicano en el siglo XX*. Fondo de Cultura Económica.
- Zamosc, L. y Martínez Borrego, E. (1996). Modernización agraria y participación política campesina en América Latina: una visión de conjunto. En L. Zamosc, E. Martínez Borrego y M. Chiriboga (Coord.), *Estructuras agrarias y movimientos campesinos en América Latina (1950-1990)* (pp. 11-24). Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.57.205.224>

**Seguro obligatorio para padres
y madres trabajadores de niños
y niñas afectados por una
condición grave de salud: Una
nueva regulación en Chile**

*Compulsory insurance for working parents
of children affected by a serious health
condition: A new regulation in Chile*

YENNY PINTO SARMIENTO

Profesora Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción.
Doctora en Derecho del Trabajo y máster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Deusto.
Dirección postal: Lincoyán 255, Concepción, Chile. ypinto@ucsc.cl

Resumen

Este artículo expone, de modo sucinto, la regulación y consagración del derecho de los padres a cuidar a los hijos con determinadas enfermedades graves, a propósito de la entrada en vigor en Chile de la Ley N° 21.063. Se analiza los convenios internacionales, la regulación chilena antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.063 y, posteriormente, la normativa de la ley, denominada Ley Sanna. Por último, se analiza el caso español, lo que nos conduce a una comparación con la actual regulación chilena y los avances y críticas a la reciente legislación. En términos conclusivos, se indica que se aprecian defectos de técnica legislativa y que, el catálogo de enfermedades incorporados permite dudar de los alcances reales de la norma.

PALABRAS CLAVE

Cuidado de los hijos, conciliación vida familiar.

Abstract

This article briefly sets forth the regulation and consecration of the parents' right to care for their children with certain serious illnesses, regarding the entry into force in Chile of Law No. 21,063. The international agreements, the Chilean regulation before the entry into force of Law N°. 21,063, and later, the regulations of the law, called the Sanna Law, are analyzed. Finally, the Spanish case is analyzed, which leads us to a comparison with the current Chilean regulation and the advances and criticism of the recent legislation. In conclusive terms, it is indicated that there are defects in legislative technique and that the catalog of incorporated diseases allows us to doubt the real scope of the standard.

KEYWORDS

Childcare, reconciliation family life.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto exponer los problemas asociados a la implementación de la Ley N° 21.063, que introduce y regula, en el sistema chileno, el derecho de los padres a cuidar a los hijos, como una iniciativa legal que tiene por objeto promover la conciliación de la vida familiar y la corresponsabilidad paterna.

Para esta investigación se ha aplicado de un modo preferente el método cualitativo, dado que hemos estudiado como materiales los textos consistentes en la jurisprudencia de los órganos administrativos que intervienen en la supervisión de la norma en análisis. Puede afirmarse que en este artículo se ofrece al lector un completo y actualizado panorama de la temática objeto de este estudio. Adicionalmente, hemos empleado el método inductivo, de forma tal que se ha aplicado un razonamiento que desde el aspecto particular, constituido por algunas decisiones, entendidas tales resoluciones como evidencias de naturaleza singular, ha permitido arribar a una serie de conclusiones lógicas de índole general.

Además, esta investigación es de carácter descriptivo. Lo señalado se corrobora al tener en cuenta que se ha caracterizado y evaluado las disposiciones contenidas en la norma que se analiza. Por las mismas razones, finalmente, dentro de los métodos característicos de las ciencias jurídicas se ha recurrido al método dogmático. En consecuencia, se ha puesto el énfasis en el logro de una adecuada intelección y aplicación tanto de los principios jurídicos como de las instituciones pertinentes.

2. TRABAJO FEMENINO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR

Participación femenina en el mercado laboral: la situación postCovid-19

La tasa de participación laboral femenina ha aumentado a través de los años, lo que puede ser explicado por múltiples razones. Entre ellas, el aumento en los niveles de escolaridad, factores demográficos tales como aumento en jefaturas de hogares, número de hijos o estado civil¹, entre otros.

En el caso de Chile, la participación de la mujer aumentó desde un 45,3 a 48,5 % en 2017², siendo el aumento de los años de escolaridad el factor que se presenta con mayor prevalencia en el país. No obstante, la COVID-19 ha desnudado un retroceso importante de la participación femenina y la necesidad de fortalecer.

¹ Como se señala en un estudio del Instituto Nacional de Estadísticas [INE] (2015): “La inserción de las mujeres en el mercado del trabajo es relevante pues aumenta su autonomía al participar en la toma de decisiones en diversos canales de acción (públicos, domésticos-privados, etc.). Además mejora su calidad de vida asociada a distintas dimensiones del bienestar”.

² De acuerdo con el *Atlas de Género del Instituto Nacional de Estadísticas* (INE, 2018).

Si la compleja situación de la COVID-19 ha develado la enorme precariedad del sistema laboral chileno, pero especialmente de la Seguridad Social y del rol que debe cumplir, ello es especialmente grave tratándose de las mujeres, condición en la que la ausencia de un sistema de protección social auténtico se revela. Como señala Sáez (2020), de la fuerza laboral, tanto remunerada como no remunerada, la mujer dedica 60,5 horas de trabajo semanal, mientras que el hombre 51,76 horas. La conclusión del autor, que compartimos, es la siguiente:

Se trata de un elemento que refuerza la hipótesis de que las microempresas en Chile se desenvuelven en un contexto de subsistencia más que en un contexto de alta productividad e innovación. En cuanto al tiempo de trabajo, se refleja con fuerza cómo la división sexual del trabajo determina que el tiempo de trabajo socialmente necesario sea mayor para las mujeres. Al estar obligadas a realizar las tareas domésticas del hogar, el costo en horas de trabajo que deben realizar las mujeres para generar cada peso es significativamente mayor al de los hombres. Situación que magnifica las brechas salariales observables (p. 25)

Por tanto, las mujeres son las que se han visto más golpeadas con la crisis que provoca la COVID-19.³ Por ello, parece patente que las dificultades asociadas a la COVID-19 impactan con mayor fuerza en el sector femenino. Si a ello se une la consideración de que la mayor fuerza informal en Chile es femenina, los resultados no son auspiciosos. Así se refleja muy bien en el interesante estudio Cerda et al. (2020):

En nuestro país, se ha reportado una disminución de casi dos millones de personas ocupadas durante el último año y se espera que esta siga profundizándose. Comparando con el mismo período del año pasado (trimestre móvil abril-junio), en 2020 se observa una caída en la proporción de ocupados, de 17,3 % en el grupo de los hombres, y de 23,5 % en el de las mujeres (ENE, 2020). En una tendencia similar, la tasa de participación laboral masculina (promedio anual) sufrió un descenso de 73,5 % en 2019 a 68,8 % en 2020, mientras que la femenina cayó desde 52,5 % a 47,3 % en el mismo período (ENE, 2020). (p. 2)

Y aunque la pandemia propició la introducción del teletrabajo en muchas zonas del mundo, incluido Chile,⁴ la promesa de la conciliación de la vida familiar y la laboral que entrañaba, termina pre-

³ Frente a la pandemia, el Gobierno se ha hecho cargo, en parte, de la realidad específica de la mujer, y entre los programas de incentivo al empleo encontramos el Bono al trabajo de la mujer, un aporte monetario que se entrega a las mujeres, de entre 25 y 59 años, que pertenecen al 40 % de las familias de menores ingresos, sea que la mujer trabaje como dependiente o independiente. Tampoco debe trabajar para el Estado o una repartición o empresa en la que el Estado tenga un 50 % de participación y siempre que no se haya postulado al Subsidio al Empleo Joven. Remitimos a la información recogida en www.protecciónsocial.gob.cl.

⁴ En efecto, El 26 de marzo de 2020 se publica la Ley N° 21.220 que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia, que introduce un Capítulo IX, Título II, del Libro I del Código del Trabajo, artículos 152 quáter

sentándose como una desventaja, dada las dificultades de desconexión que el teletrabajo presenta (Caamaño, 2010, pp. 96-97; Osio, 2015, p. 417).⁵

La conciliación del trabajo femenino con la vida familiar: la necesidad de protección

Como señala Ríos Rodríguez (1991-1992), los sistemas de Seguridad Social chilenos han intentado adaptarse a los drásticos cambios sociales y demográficos, desarrollando un concepto más amplio de “trabajadores con responsabilidades familiares”: Agrega la autora que:

Hoy por hoy, la maternidad no puede ser considerada exclusivamente como una situación de invalidez laboral transitoria que padecen muchas mujeres, sino que tiene que ser incluida en un contexto más amplio cuya tendencia es la de reunir las prestaciones por maternidad con las familiares. (p. 167)⁶

Existe, por lo tanto, una coincidencia generalizada respecto al papel importante que juegan los elementos que conforman la delimitación de un espacio de conciliación entre la vida familiar y laboral, que adquiere una relevancia ejemplificadora cuando se comparan las intenciones de tener hijos y en un determinado número, con los datos reales sobre el número de hijos que finalmente se tienen. En este sentido, la Unión Europea ha planteado la necesidad de una mejor conciliación de la vida familiar y profesional para incrementar la participación de la mujer en el mundo laboral e impulsar la natalidad (Tortuero Plaza (2006, pp. 23-25).

En el caso de Chile, en los últimos años se ha producido una gran disminución en la cantidad de hijos por mujer en edad fértil, provocando una baja en la tasa de crecimiento natural de 16,3 a 9,6 por cada mil habitantes entre 1990 y 2010⁷, y un relativo envejecimiento de la sociedad chilena⁸.

G a M, “Del trabajo a distancia y teletrabajo”. La Ley 21.220 regula el trabajo a distancia, por primera vez en el sistema chileno, introduciendo en el Código del Trabajo un Capítulo IX. Una primera precisión técnica de importancia es que, para la regulación chilena, el género es el trabajo a distancia, mientras que el teletrabajo es una especie o modalidad del trabajo a distancia.

⁵ Pinto (2020a, pp. 231 y ss.).

⁶ Véase Hutchinson (2006, pp. 235 y ss.). Con todo, en Chile, es debido a la ausencia de un verdadero sistema de seguridad social, el que acarrea mayores dificultades a la hora de articular medidas en favor de la mujer. Es lo que hemos argumentado en Pinto (2020b, pp. 59 y ss.).

⁷ La mujer chilena tiene actualmente mayores posibilidades de desarrollo educacional, laboral, académico y profesional, que, sumado al fácil acceso para el control de su fertilidad, hace que la tasa global de fecundidad en 2004 fuese de 1,9 hijos por mujer. Como señala Donoso (2007): “Lo preocupante es que esta cifra es inferior a la tasa de recambio poblacional que es de 2,1 hijos por mujer, concepto que significa que los hijos nacidos por cada mujer no alcanzarían para renovar la población al momento del fallecimiento de sus progenitores” (p. 73).

⁸ En 2007 los adultos mayores en Chile ascendían a 2 005 684, y al comparar con la población menor de 15 años la proporción de adultos mayores era uno por cada dos niños y niñas, esperando que para 2025 sea una relación de

Algunas de las explicaciones para dicha disminución son mayores niveles de educación de las mujeres, el incremento de participación laboral femenina, el mayor y mejor conocimiento de métodos anticonceptivos y el retraso o postergación de la primera unión, legal o consensual⁹.

Junto a lo anterior, también se puede añadir la difícil tarea de conciliar la vida laboral y familiar¹⁰, puesto que a pesar de que en los últimos años se ha comenzado a reconocer la demanda creciente por armonizar trabajo y vida familiar, los esfuerzos no han sido suficientes^{11 12}. Es menester señalar que aun cuando se ha comenzado paulatinamente a cambiar los roles de mujer reproductiva y soporte familiar *versus* el hombre con un rol productivo y sostén económico de la familia, no debemos dejar de matizar estas ideas, puesto que, de acuerdo con lo señalado por Tortuero Plaza (2006): “La primera matización a realizar es que la mujer coparticipa en un mundo ajeno en su dimensión colectiva” y, añade que

(...) la mujer no se incorpora, en el sentido de salir de un espacio para adentrarse en otro. La mujer sin abandonar el espacio asignado, su rol reproductivo, coparticipa en el mercado laboral, integrándose en un sistema de organización productiva ajeno, en la medida que aquél estaba (y está) organizado por y para los hombres, en función del rol social autoatribuido colectivamente. (pp. 17-18)

103 por cada 100 menores de 15. Al 30 de junio de 2017, los adultos mayores en Chile eran 2 899 621 de acuerdo con compendio realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas. Disponible en www.ine.cl.

⁹ Disponible en www.sernam.cl.

¹⁰ La incorporación de la mujer al mundo laboral ha generado una serie de cambios sociales, dónde los roles tradicionales, hombre-proveedor y mujer-dueña de casa, están cambiando, aumentando incluso los hogares monoparentales y unipersonales. Lo anterior, presenta nuevos desafíos que implican responsabilidades y obligaciones compartidas, sin embargo, se presenta la dificultad de compatibilizar el desarrollo de la vida profesional y laboral, con las responsabilidades familiares y personales. Y en este contexto, hablar de corresponsabilidad implica reconocer que en el hogar es necesario el aporte de todos sus miembros. Sin contar con la necesidad del desarrollo personal, puesto que cada persona necesita el espacio para realizar actividades que le permitan descansar, recrearse, aprender, etc. En este sentido, véase el “*Estudio percepciones y prácticas de conciliación y corresponsabilidad en organizaciones públicas y privadas*”. Disponible en https://www.ese.cl/ese/site/artic/20180710/asocfile/20180710103928/estudio_sernam_uandes_2014__1_.pdf

¹¹ La imposibilidad que enfrentan las mujeres de conciliar su vida laboral con la familiar repercute directamente en la participación laboral femenina. Es el caso, por ejemplo, de España, país en el que se ha detectado que, entre los motivos que mueven a las mujeres a abandonar su puesto de trabajo se encuentra el hecho de casarse o tener hijos. A lo que se suma que las mujeres dedican tres veces más tiempo que los varones a labores no remuneradas. En este sentido Pablos, 2004, pp. 2 y ss.

¹² En Chile respecto de las normas de protección a la maternidad, podemos distinguir dos etapas. Una, en que surgen normas de carácter protector a la mujer y al hijo que está por nacer; y una segunda etapa, en la que se comienza a introducir la noción de equidad y el tema de la discriminación. En la primera surgen prohibiciones explícitas, como el caso de los trabajos nocturnos, minería subterránea, etc., y la segunda coincide con la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En este sentido, véase el estudio de Riquelme, 2011.

Es en este contexto en el que surge la necesidad de buscar alternativas que permitan conciliar la vida laboral con la familiar, siendo una de las soluciones más comentadas el trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, Tortuero Plaza (2006) señala al respecto que

las mujeres no quieren el trabajo a tiempo parcial como instrumento principal de integración en el mercado laboral. El trabajo a tiempo parcial, implica menos salarios, reduce la independencia económica, dificulta la carrera profesional, reduce los derechos respecto de las futuras pensiones...; en definitiva, sitúa a la mujer en una posición marginal dentro de una estructura productiva, social y económica organizada a tiempo completo, al tiempo que constituye un caldo de cultivo apropiado para las conductas discriminatorias adoptadas en un espacio teóricamente neutro". Aún cuando añade que: "Podría ser un instrumento apropiado para múltiples finalidades y, en especial, para que temporalmente hombres y mujeres concilien la vida familiar, personal y profesional. pp. 28-29

Además, es necesario indicar que el objetivo no debiese ser conciliar la vida personal y familiar con la vida laboral de las mujeres, puesto que, como señala Lousada (2008):

Si ello no se acompaña de medidas más trascendentales supone perpetuar el estereotipo de asunción femenina de las responsabilidades familiares, posibilitando además una vuelta al hogar"; y, continúa señalando que: "(...) hoy en día lo pretendido es la asunción igualitaria, por hombre y por mujeres, de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos sexos, en igualdad de oportunidades, conciliar la vida personal, familiar y laboral. (p. 8)¹³

¹³ En un sentido similar Caamaño Rojo (2011, pp.110-122). Garrigues (2004, pp. 21-23) afirma: "La consideración jurídico-laboral de tan concretos bienes o valores ha discurrido de manera desigual a lo largo de la historia legislativa, partiéndose, originariamente, de la mera consideración de los aspectos procreativos o más ligados con el proceso biológico de la maternidad (embarazo, parto y postparto); y ello hasta el punto de que tal condicionante biológico marcaría tan profundamente el signo de la regulación jurídica del trabajo femenino que, habitualmente, se ha dado casi una absoluta identidad entre la regulación del trabajo de la mujer y la protección de su función reproductiva y/o su rol social como responsable del cuidado de los hijos; en otras palabras, hasta época bien reciente, a la rama social del Derecho le ha cabido el dudoso mérito de asumir el secular estereotipo social de la mujer-madre (actual o potencial), convirtiéndolo en base ontológica de la regulación de su actividad como trabajadora, en lo que, sin duda, ha de darse en calificar como postura paternalista y proteccionista del trabajo femenino, que no sólo ha servido –en muchas ocasiones y de manera más o menos buscada– al velado fin de mantener a la mujer ligada a "sus" roles sociales y familiares "clásicos" o tradicionales, sino que, además, ha contribuido –la mayor de las veces– a precarizar la situación laboral de las mujeres, tanto en el acceso al empleo como en las condiciones de trabajo que aquéllas han debido padecer".

3. REGULACIÓN INTERNACIONAL RELATIVA A LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD: UN CAMINO POR SEGUIR

La normativa de la OIT

La protección a la maternidad fue una de las primeras preocupaciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; esto se explica, como dice Caamaño (2009): “por los bienes jurídicos involucrados, dado que al tutelarse a la madre no sólo se le cuida a ella, sino que también a los niños y a toda la comunidad” (p.4).

En cuanto a esta materia, los Convenios y Recomendaciones han experimentado una evolución en sus planteamientos. En un primer momento, la preocupación se centraba en la combinación de medidas meramente prohibitivas de determinados trabajos en razón de la condición de mujer, partiendo de la doble consideración de esta, en primer lugar como un ser fisiológicamente inferior al varón, un sujeto laboral “débil” equiparado a los menores, y de ahí la necesidad de establecer restricciones en su acceso a determinados trabajos; y, en segundo lugar, como un ser nacido exclusivamente para la maternidad, cuyo papel debía ser salvaguardado por el interés público que representaba (Sánchez, 2009, pp. 30-31).

En primer lugar, podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, que señala en su artículo 25 N° 2 que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. En 1966, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas promulgó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prescribe en su artículo 10 N° 2 que

Los Estados parte en el presente pacto reconocen: 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

Por su parte, la OIT ha contribuido activamente en la protección de la maternidad, siendo una preocupación permanente, lo que puede explicarse, como señala Caamaño (2009),

por la preeminencia a comienzos del siglo XX de una concepción de la mujer que identificaba especialmente con el hogar, priorizando su rol de madre y esposa, como así mismo, por una reacción natural a las duras e insalubres condiciones de trabajo que debían enfrentar las mujeres en la industria de la época. (p. 5)

Por ello, la OIT ha contribuido a través de sus instrumentos a aumentar dicha protección, incentivando a instaurarlo en el debate internacional y a la firma de convenios que obliguen a los Estados miembros a asegurar cierto nivel de protección a las trabajadoras que tienen hijos (Véase Henríquez y Riquelme, 1996). Encontramos en estas materias una protección directa a través de los convenios números 3, 103, 183, e indirectamente en los convenios números 132, 136, y especialmente el número 156.

El primer instrumento data de 1919, y es el Convenio N° 3 que, como señala Caamaño (2011):

Representa el primer intento serio a nivel internacional por establecer normas mínimas de protección a favor de la madre trabajadora que prestaba servicios en empresas industriales o comerciales, es decir, en aquellas áreas de la economía donde se concentró con mayor gravedad la cuestión social (p. 50)

El convenio establecía en su artículo 3 que la mujer no estaba autorizada a trabajar durante un período de seis semanas después del parto; que tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas, que recibiría durante el período que permaneciera ausente prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; además del permiso de lactancia de dos descansos de media hora. Por su parte, el artículo 4 establecía la ilegalidad del despido de la mujer en permiso preparto o posparto, y en el caso que las ausencias se prolongaran más allá del permiso posparto, que fueran consecuencia de una enfermedad motivada por el parto, siempre que fuere acreditado por certificado médico y hasta cierto tiempo máximo que podía ser determinado por la autoridad competente de cada país.

Posteriormente se adoptó el Convenio N° 103, con fecha 28 de junio de 1956, el que amplía los derechos de la madre trabajadora, y su ámbito de aplicación, comprendiendo también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, y a las que trabajan en su domicilio. Establece un derecho de descanso de maternidad de 12 semanas a lo menos, debiendo tomarse obligatoriamente una parte después del parto, siendo determinado el tiempo por la legislación nacional, el que en ningún caso podrá ser inferior a 6 semanas. Si el parto, sobreviene después de la fecha presunta, el Convenio establece que el descanso será prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y el descanso puerperal obligatorio no podrá ser reducido. En caso de una enfermedad a consecuencia del embarazo, la mujer tendrá un descanso suplementario, y si es a consecuencia del parto el descanso puerperal será prolongado. Por su parte, el artículo 4 consagra el derecho de percibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas. En el caso de las primeras, las fijará la legislación nacional, las cuales deben ser suficientes para garantizar la manutención de la mujer y del hijo; en el caso de las segundas, deben comprender la asistencia durante el embarazo, parto y puerperal. Ambas deben ser concedidas mediante un sistema de seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos.

En el año 2000 se aprobó el Convenio N° 183 sobre protección a la maternidad. En su artículo 2 establece que se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente. En relación con los beneficios, se señala que confiere derecho a la protección a la salud, buscando proteger a las mujeres embarazadas, y a aquellas en proceso de lactancia; licencia de maternidad con una duración de al menos 14 semanas, en las que mínimo 6 deben ser con posterioridad al parto; licencia en caso de enfermedad o complicaciones, prestaciones pecuniarias, prestaciones médicas; protección del empleo y no discriminación, perfeccionando el derecho al fuero maternal; y derecho a dar alimentos al hijo. En su artículo 3 establece, en materia de salud laboral, que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo potencialmente peligroso o lesivo para su salud o la de su hijo, ya porque dicha peligrosidad haya sido determinada por la autoridad competente, ya porque derive de una evaluación en la que se haya evidenciado la existencia de riesgo significativo para ellos.

En su artículo 4 se refiere al descanso por maternidad, con una duración de al menos catorce semanas, que incluirá un período obligatorio de al menos seis semanas posteriores al parto, a menos que se acuerde otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. Además, establece que la trabajadora tendrá derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración al término de la licencia de maternidad. Junto a lo anterior se refiere a la protección de la capacidad económica de la trabajadora en situación de maternidad, debiendo financiarse las prestaciones mediante un seguro obligatorio. Y por último, debemos mencionar que hace referencia a prestaciones sanitarias, tanto a la madre como al hijo.

De manera indirecta, Amparo Garrigues menciona el Convenio N° 132, el cual establece que las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como en el caso de la maternidad. Serán contadas como parte del período de servicios; el Convenio N° 136, que prohíbe a la mujer embarazada o lactante los trabajos que impliquen exposición al benceno o a productos que lo contengan; y el Convenio N° 156, que tiene como objetivo que los Estados promuevan una igualdad efectiva para los trabajadores con responsabilidades familiares (Garrigues Giménez, 2004, pp. 25-31).

Examinado el problema general de la incorporación de la mujer en el mundo del trabajo, y la necesaria conciliación de la vida familiar, además de su regulación en los instrumentos internacionales, como la OIT, antes de analizar la regulación chilena vamos a detenernos en particular en el uno de los ejemplos de regulación europea, el español, que puede servir de modelo de comparación con la regulación en Chile, de ahí que para efectos de esta investigación tenga relevancia su análisis.

Un caso de regulación europea ejemplar: el español

En España se introdujo el artículo 135 quáter en la Ley General de Seguridad Social (LGSS), introducido en virtud de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, que establece una prestación social, económica, para padres o cuidadores trabajadores en casos de cáncer u otra enfermedad grave, regulada en el Real Decreto 1148/2011, denominado “para la aplicación y desarrollo, en el Sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”. Este derecho se reconoce, de acuerdo con lo señalado por Rodríguez (2013) al

progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente (e incluso al tutor), a cuyo cargo esté el menor en cuestión, siempre que aparezca acreditada la necesidad mediante informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y responsable de la asistencia médica. Como sucede en otros casos, se trata de un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, para cuyo ejercicio no se requiere acuerdo con el empresario.(pp. 45-48)¹⁴

En cuanto a los beneficiarios, el artículo cuarto comprende que

Serán personas beneficiarias del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave las personas trabajadoras, por cuenta ajena y por cuenta propia y asimiladas cualquiera que sea su sexo, que reduzcan su jornada de trabajo en, al menos, un 50 por 100 de su duración, siempre que reúnan la condición general de estar afiliadas y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso”. Continúa añadiendo en su artículo sexto que “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consistirá en un subsidio, de devengo diario, equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales o, en su caso, la derivada de contingencias comunes, cuando no se haya optado por la cobertura de las contingencias profesionales, aplicando el porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo”¹⁵.

Adicionalmente, el Real Decreto comprende un anexo con un listado de 109 enfermedades que se consideran graves para los efectos de dicha reducción de jornada, entre otras: la leucemia, tumores, alergias alimentarias graves, asma bronquial grave, trastorno de conducta grave, mal-

¹⁴ Véase también Agís, Montserrat y Blasco Lahoz (2021, pp. 131-132); Blasco Lahoz (2014, pp. 601-602); Cardona y García (2014, pp. 308-309).

¹⁵ El cáncer o enfermedad grave deberá suponer períodos de larga duración de hospitalización o tratamiento que requiera un cuidado directo, continuo y permanente, acorde con el artículo 2.1 del Real Decreto 1148/2011. Para el análisis de los beneficiarios, véase Blasco Lahoz (2014, p. 604).

formaciones congénitas del sistema nervioso central, epilepsias, esclerosis múltiple, accidente cerebrovascular, cardiopatías congénitas, entre otras.

Como podemos observar, y de acuerdo a lo señalado por Llamosas, a pesar de ser una lista de *numerus clausus*, resulta amplia y generosa, y establece además la posibilidad del Ministerio del Trabajo e Inmigración de acordar mediante orden ministerial, la incorporación de nuevas enfermedades al listado de enfermedades consideradas graves que figuran en el anexo del real decreto, cuando previos los estudios e informes correspondientes, se trate de enfermedades graves que requieran el cuidado directo, continuo y permanente del menor por los progenitores, adoptantes y acogedores, durante su ingreso hospitalario, de larga duración, y tratamiento continuado de la enfermedad (Llamosas, 2013, p. 241).

Como se afirma, si el caso español merece reseñarse, brevemente, atiende a dos razones. La primera es porque representa ciertos avances, en términos de los beneficios que otorga, pero especialmente atendido el amplio listado de enfermedades que contempla. Ello, en segundo lugar, lo erige en un modelo apropiado para la regulación chilena, en términos que, como se dirá más adelante, ofrece perspectivas de perfeccionamiento para la Ley N° 21.603.

4. LA ACCIÓN PROTECTORA EN EL CASO DE ENFERMEDAD GRAVE DE HIJOS

REGULACIÓN EN CHILE ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 21.063

Con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.063, el Código del Trabajo establecía una distinción entre hijos menores de un año y mayores de un año, pero menores de 18 años. En el primer caso, el artículo 199 señala que cuando la salud de un niño menor de un año requiere de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, circunstancia que debe ser acreditada mediante certificado médico, la madre trabajadora tiene derecho al permiso y subsidio que determine el servicio médico tratante, no siendo posible que el médico se oponga a su otorgamiento¹⁶. En caso de que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, puede

¹⁶ En el Dictamen N° 965/26, de 13 de marzo de 2003, la Dirección del Trabajo ya había asentado la interpretación de que, en el caso de hospitalización del menor, el recinto de salud debía ser considerado hogar, pudiendo el padre o madre impetrar los beneficios de la norma en análisis: "Para los efectos de la atención de un menor de un año que padece de una enfermedad grave en los términos previstos en el citado artículo 199, debe entenderse que el centro hospitalario o de salud en que deba permanecer internado por tal causa, constituye el hogar transitorio de éste, de modo que tal circunstancia no es impedimento para que la madre o el padre, en su caso, impetren el permiso y subsidio correspondiente". El criterio interpretativo se reiteró en el Dictamen N° 3846/104, de 5 de septiembre de 2005. Ambos dictámenes pueden consultarse en dt.gob.cl. Para el análisis de este régimen, véase Arellano (2015, p. 268).

gozar del permiso y subsidio. Junto con lo anterior, establece una responsabilidad solidaria para los trabajadores que obtuviesen indebidamente los beneficios, estableciendo la responsabilidad de restituir las prestaciones pecuniarias percibidas, sin perjuicio de las sanciones penales que por ese hecho les pudiere corresponder.

En el segundo caso, el artículo 199 bis¹⁷, modificado posteriormente por la Ley N° 21.603, establecía que cuando la salud de un menor, mayor de 1 año, pero menor de 18 años, requería la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte, la madre trabajadora (o el padre, a elección de la madre, si ambos trabajaban), tenía derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarían como trabajadas para todos los efectos legales (Lanata, 2014, pp. 538-539). Además, se añadía que el tiempo no trabajado debía restituirse por el trabajador mediante imputación a su próximo feriado anual o laborando horas extraordinarias o a través de cualquier forma que convinieran libremente las partes. Y en caso de no poder aplicar dichos mecanismos, se podía descontar el tiempo equivalente al permiso obtenido de las remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes.

El artículo 199 bis fue ampliado considerablemente por la reforma introducida por la Ley N° 20.535, de 3 de octubre de 2011, que agregó disposiciones para conceder el permiso a padres con hijos con discapacidad y, para el caso de hijos mayores de 18 años, con discapacidad mental¹⁸.

Aunque la regulación contemplada en los artículos 199 y 199bis significaba un avance importante en la protección de padres y madres para enfrentar enfermedades graves de hijos, la norma en cuestión, como se aprecia, se limitaba a regular permisos, y conceder un subsidio derivado de la licencia que, por la atención del hijo, requería el trabajador o trabajadora. La Ley 21.603, sin dejar

¹⁷ Introducido por la Ley N° 19.505, de 25 de julio de 1997.

¹⁸ Conforme a la ley citada, se agregaron los incisos quinto, sexto y séptimo al artículo 199bis del Código del Trabajo, en los siguientes términos: "Iguales derechos y mecanismos de restitución serán aplicables a los padres, a la persona que tenga su cuidado personal o sea cuidador en los términos establecidos en la letra d) del artículo 6°, de la ley N° 20.422, de un menor con discapacidad, debidamente inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, o siendo menor de 6 años, con la determinación diagnóstica del médico tratante. Lo dispuesto en el inciso precedente se aplicará, en iguales términos, tratándose de personas mayores de 18 años con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit o bien presenten dependencia severa. En todo caso, de la ausencia al trabajo se deberá dar aviso al empleador dentro de las 24 horas siguientes al ejercicio del derecho". Para la interpretación de los requisitos exigidos para invocar los beneficios de la Ley, véase el importante Dictamen 3713/40, de 25 de septiembre de 2013, de la Dirección del Trabajo. Disponible en www.dt.gob.cl. Para la importante relación entre discapacidad y trabajo, véase Pinto (2019a, pp. 203 y ss.).

sin efecto este sistema de acompañamiento, introduce adicionalmente la regulación de un seguro social. El cambio es, por tanto, de radical importancia, pues el problema de la enfermedad grave de un hijo o hija es incorporado en la legislación nacional como una cuestión de contingencia social.¹⁹

La regulación de la Ley N° 21.063: principales aspectos

La Ley N° 21.063, de 30 de diciembre de 2017, que crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica, y modifica el Código del Trabajo para estos efectos, denominada Ley Sanna.

Efectivamente, como su nombre lo indica, la ley crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padecen enfermedades catastróficas, cuyo objetivo es permitir que el padre y la madre, que tengan la condición de trabajadores, puedan prestar atención, acompañamiento o cuidado personal a sus hijos e hijas menores de edad, cuando estén afectados por una condición grave de salud, durante el período de tratamiento o recuperación o en la fase final de una condición terminal, creando para ello un seguro obligatorio que opera con una licencia médica, recibiendo el trabajador durante ese período un subsidio que reemplaza a su remuneración mensual, financiada con cargo al seguro.

Antes de la entrada en vigencia de dicha ley, los padres y madres de Chile se veían enfrentados a la difícil realidad de no poder ausentarse de sus trabajos en situaciones en que necesitaban cuidar a un hijo o hija menor de edad afectado por una condición grave de salud y se exponían a la innecesaria disyuntiva de continuar trabajando o renunciar a su trabajo para otorgarles una adecuada

¹⁹ Estas diferencias se destacan en el reciente Dictamen 824-2021, de 8 de marzo de 2021, de la Superintendencia de Seguridad Social: “En este caso, cuando la salud de un niño menor de un año requiera la atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, la madre trabajadora tiene derecho a un permiso y subsidio por el período que el respectivo médico determine. Si ambos padres son trabajadores, la madre puede ceder al padre el uso de tales permisos y subsidio. Si la trabajadora o el trabajador tienen a su cuidado un menor de edad inferior a 1 año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección, también tienen los citados derechos. Este derecho se extenderá al cónyuge o conviviente civil, en los mismos términos señalados anteriormente. Por su parte la licencia médica SANNA (Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas), regulado en la ley N° 21.063, publicada en el Diario Oficial la Ley N° 21.063, que introdujo diversas modificaciones al Código del Trabajo y creó un nuevo beneficio de Seguridad Social, denominado “Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas”, permite al padre, a la madre o al tercero a cuyo cargo se encuentra un menor, que tengan la calidad de trabajadores, ausentarse justificadamente de su trabajo durante un tiempo determinado, con el objeto de prestar atención, acompañamiento o cuidado personal a sus hijos e hijas mayores de un año y menores de quince o dieciocho años, según corresponda, cuando estén afectados por una condición grave de salud de las cubiertas por la ley. Durante este período el trabajador o trabajadora, que cumpla con determinados requisitos de afiliación y cotización recibirá un subsidio que reemplazará total o parcialmente su remuneración o renta mensual, según el caso”. Disponible en www.suseso.cl.

atención, con las consecuencias que ello implicaba. Era evidente que la realidad impuso la promulgación de la norma en análisis, pues en Chile casi un millar de niños y niñas son diagnosticados con cáncer²⁰, quienes para enfrentar la enfermedad deben someterse a largos tratamientos, demandando el cuidado personal y contención de sus padres. Lo mismo ocurre con los niños y niñas que son sometidos a complejos procedimientos de trasplantes de órganos y necesitan a sus padres para poder sobrellevar de mejor manera su proceso de recuperación. O en la situación, no menos dramática, de un diagnóstico de desahucio o que sufren un accidente grave con peligro de muerte.

El mensaje que acompañó el proyecto hacía especial hincapié en que para las mujeres este problema tiene una dimensión adicional que dice relación con el deterioro en sus opciones laborales futuras, puesto que en Chile son las mujeres las que tradicionalmente cargan con la responsabilidad del cuidado de los hijos e hijas y, por lo mismo, ante el evento de que uno de ellos esté afectado por una condición grave de salud, son más proclives a salir del mundo del trabajo por largos períodos de tiempo, anteponiendo estas obligaciones de cuidado a sus aspiraciones laborales.

La ley crea un seguro obligatorio, de carácter contributivo y solidario, para los padres y madres trabajadoras de niños y niñas afectados por una condición grave de salud, permitiendo prestarles atención, acompañamiento o cuidado personal y recibiendo durante ese tiempo un subsidio que reemplaza total o parcialmente su remuneración o renta mensual²¹. El esquema de financiamiento está establecido en la Ley N° 21.010, que en su artículo 3° establece que el fondo se integrará con una cotización mensual de cargo del empleador, o trabajador independiente del 0,03 % de las remuneraciones imponibles. De acuerdo con artículo segundo transitorio, será implementada gradualmente, comenzando en un 0,01 % hasta llegar el año 2010 al 0,03. Veamos algunos aspectos de la referida norma legal.

Personas protegidas

En cuanto a las personas protegidas por el seguro, el artículo 2 establece que serán las siguientes categorías de trabajadores: a) trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo; b) funcionarios de los órganos de administración del Estado, con exclusión de los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, sujetos a un régimen previsional especial, los funcionarios del Congreso Nacional, del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Tribunal

²⁰ El total de casos nuevos de cáncer infantil informado por RENCÍ para Chile en el período 2007-2011 fue de 2.404 cánceres, que corresponden a una tasa global de 128, 2 por millón de menores de 15 años (ambos sexos). De acuerdo con los datos de este período, los casos totales esperados al año son 504 cánceres. Información disponible en http://www.ipsuss.cl/ipsuss/site/artic/20180117/asocfile/20180117150429/informe_renci_2007_2011registro_nacional_cancer_infantildepto_epidemiolog__aminsal2018.pdf.

²¹ Mensaje de la Ley N° 21.063. Disponible en www.bcn.cl

Constitucional, del Servicio Electoral, de la Justicia Electoral y de los demás tribunales especiales creados por ley; c) y los trabajadores independientes.

La afiliación al seguro se entenderá efectuada por el solo ministerio de la ley, cuando este se incorpore al régimen del seguro de la Ley N° 16.744, que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, como lo dispone el inciso final del artículo 2 de la Ley 21.603²².

En cuanto a los beneficiarios son el padre y la madre trabajadores, de un niño o niña menor de un año y menor de quince o dieciocho años, según corresponda, afectado o afectada por una condición grave de salud. Lo anterior también se extiende al trabajador o trabajadora del niño o niña otorgada por resolución judicial.

El Dictamen 3306-2021, de la Superintendencia de Seguridad Social²³, resuelve el problema en el que ambos padres trabajan, pero que uno de ellos tiene la tuición del hijo:

En los casos que el padre y la madre sean trabajadores con derecho a las prestaciones del Seguro y uno de ellos tenga el cuidado personal del hijo o hija otorgado por resolución judicial, este último tendrá derecho a la totalidad del período de permiso que corresponde a ambos padres, siempre que el padre y la madre tengan la calidad de trabajadores bajo la legislación chilena, es decir, que coticen como tales en nuestro territorio.

Requisitos de acceso al seguro

Para acceder a las prestaciones del seguro, el artículo 5° exige que los trabajadores estén afiliados a él, y contar con licencia médica, junto con los demás documentos y certificaciones que correspondan. Junto a lo señalado exige cumplir con una serie de requisitos, distinguiendo si se trata de trabajadores dependientes o independientes. En el caso del trabajador dependiente, se requiere tener una relación laboral vigente a la fecha de inicio de la licencia médica y registrar, a lo menos, ocho cotizaciones

²² Aunque puede parecer una curiosidad la referencia al esquema de afiliación de un sistema de seguro social por un riesgo específico, como ocurre con los accidentes de trabajo, ello se debe a tres razones: a) la carencia, en el ordenamiento chileno, como ocurre en España, por ejemplo, de un genuino sistema de Seguridad Social, por tanto, de un mecanismo general de alta o afiliación y de una regulación general; b) en segundo lugar, porque como ocurre en la mayoría de los sistemas, el seguro de accidentes de trabajo fue el primero en ser regulado mediante el mecanismo del seguro social, y c) La Ley 16.744 contempla en el artículo 4 un mecanismo de afiliación que ya está implementado y que opera como regla general para el caso chileno. Para estas características del régimen de Seguridad Social chileno, véase Pinto (2020b, pp. 33 y ss.). Para las características del seguro de accidentes de trabajo, véase Arellano (2015, pp. 282 y ss.); Gajardo (2015, pp. 72 y ss.); Lanata (2019, pp. 12 y ss.). Para una indagación histórica y comparación con el régimen de seguridad social español, Pinto (2019b, pp. 147 y ss.).

²³ Dictamen 3306-2021, de 13 de enero de 2021, Superintendencia de Seguridad Social. Disponible en www.suseso.cl.

previsionales mensuales, continuas o discontinuas, en los últimos veinticuatro meses anteriores a la fecha de inicio de la licencia médica. Y en el caso de las tres últimas cotizaciones más próximas al inicio de la licencia deberán ser continuas²⁴. En el caso de los trabajadores independientes, deben contar, a lo menos, con doce cotizaciones previsionales mensuales, continuas o discontinuas, en los últimos veinticuatro meses anteriores al inicio de la licencia, médica, las últimas cinco cotizaciones deberán ser continuas. Además, deben encontrarse, este tipo de trabajadores, al día en el pago de las cotizaciones para pensiones, salud, el seguro contemplado en la Ley N° 16.744, y el contemplado en esta Ley, el mes inmediatamente anterior al inicio de la licencia.

Además, puede acceder al seguro la persona que se encuentre temporalmente cesante que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 6°, es decir, tener doce o más meses de afiliación previsional con anterioridad a la fecha de inicio de la licencia médica; registrar, a lo menos, ocho cotizaciones previsionales mensuales, continuas o discontinuas, en calidad de trabajador dependiente, en los últimos veinticuatro meses anteriores a la fecha de inicio de la licencia médica; que las últimas tres cotizaciones registradas, dentro de los ocho meses anteriores al inicio de la licencia médica, deberán ser en virtud de un contrato a plazo fijo o por obra, trabajo o servicio determinado.

Contingencias protegidas por el seguro

La contingencia protegida es la condición grave de salud de un niño o niñas. Y de acuerdo con el artículo 7°, constituyen una condición grave de salud el cáncer, el trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos, fase o estado terminal de la vida²⁵, accidente grave con riesgo de

²⁴ Respecto de este requisito se han originado algunos problemas con la puesta en marcha de la presente ley. En este punto encontramos el Dictamen 29783, de 10 de septiembre de 2018, de la Superintendencia de Seguridad Social, en que el trabajador recurre reclamando el pago del subsidio derivado de una licencia médica por la Ley Sanna. En el caso, el trabajador en apariencia cumplía con el requisito del artículo 5, puesto que tenía una relación laboral vigente y más de ocho cotizaciones mensuales dentro de los 24 meses anteriores al inicio de la licencia; sin embargo, las tres últimas, aun cuando eran para el mismo empleador, no eran continuas. Esto ocurría porque el trabajador se había visto en la obligación de solicitar un permiso sin goce de remuneraciones para atender la salud de su hija, puesto que la licencia no le fue otorgada de manera inmediata. La Superintendencia resuelve que en virtud de que la hija efectivamente padece cáncer y fue trasplantada y que la situación ocurrió los primeros meses de la puesta en marcha de la ley, aun advirtiendo un error, entiende que había buena fe y justa causa de error por parte del trabajador como de las entidades involucradas, ordenando pagar el subsidio correspondiente.

²⁵ De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley, se entiende por fase o estado terminal de la vida: “aquella condición de salud en que no existe recuperación de la salud del niño o niña y su término se encuentra determinado por la muerte inminente”, incluye además en esta condición de salud el tratamiento destinado al alivio del dolor y los cuidados paliativos por cáncer avanzado”.

muerte o de secuela funcional grave y permanente²⁶, todo ello conforme a los artículos 7, 8, 9, 10 y 11 de la Ley N° 21.063²⁷.

Los causantes serán los niños mayores de un año y menores de dieciocho, salvo el último caso que será el niño mayor de un año pero menor de quince años²⁸. El sistema de entrada en vigencia será gradual, por lo que a partir del 1 de diciembre de 2017 se otorga cobertura para cáncer y los tratamientos destinados al alivio del dolor y cuidados paliativos por cáncer avanzado. A partir del 1 de diciembre de 2019, la cobertura incorpora los desahucios y estado terminal. A partir del 1 de diciembre de 2020 se incluyen los accidentes graves.

Condiciones de acceso

En cuanto a las condiciones de acceso, la ley distingue dependiendo el tipo de contingencia. En el caso del cáncer, establece que la condición de salud del niño o niña forme parte de las patologías consideradas dentro de las garantías explícitas en salud establecidas en la Ley N° 19.966 y sus reglamentos, en sus etapas de sospecha, confirmación diagnóstica, tratamiento, seguimiento y recidiva, además de la licencia médica extendida por el médico tratante. Si se trata de niños o niñas mayores de 15 y menores de 18 años de edad diagnosticados con algún cáncer que no forme parte de aquellos considerados dentro de las garantías explícitas en salud, bastará con la licencia médica extendida por el médico tratante.

En relación con el trasplante, requiere que se trate del trasplante de órgano sólido; que se haya efectuado el trasplante, a menos que se trate un niño o niña que se encuentren inscritos en el

²⁶ En la discusión de la ley, el senador Navarro propuso agregar otras contingencias, como enfermedades psiquiátricas con grave pronóstico, casos de embarazo de riesgo en adolescentes, así como casos que requirieran traslado para diagnóstico o tratamiento fuera de la región de residencia. Sin embargo, todos fueron declarados inadmisibles en virtud de lo dispuesto en el número 6° del inciso cuarto del artículo 65 de la Constitución Política de la República, es decir, por recaer en una materia de iniciativa exclusiva del presidente de la República, al establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.

²⁷ Para la acreditación de las hipótesis cubiertas, se dictó, por mandato del artículo 13 de la Ley, el Decreto N° 69, reglamento para la aplicación de los artículos 11 y 12 de la Ley 21.063, de 3 de enero de 2019.

²⁸ Para la determinación de qué debe comprenderse accidente grave, véase el Dictamen 3559-2020, 24 de noviembre, Superintendencia de Seguridad Social. Disponible en www.suseso.cl. Respecto del límite de edad en caso de accidente grave con riesgo de muerte o secuela funcional grave y permanente, se discutió en la tramitación de la ley, proponiéndose por el senador Bianchi elevar la edad máxima a 18 años para todos los casos. Sin embargo, la ministra del Trabajo y Previsión Social, Alejandra Krauss, explicó que dicha diferenciación obedecía a que los sistemas de salud pediátrica, y particularmente las licencias médicas por enfermedad de un hijo, cubrían, en general, hasta los quince años, salvo en el caso del tratamiento del cáncer, en que la atención a los menores, en los centros de salud específicamente dispuestos para ello, sobrepasaba dicha edad.

Registro nacional de potenciales receptores de órganos, a cargo del Instituto de Salud Pública de Chile, priorizado como urgencia médica, para lo que se requerirá un certificado médico emitido por la Coordinadora Nacional de Trasplante que acredite esta circunstancia, así como la licencia médica extendida por el médico tratante.

Por otro lado, en caso de fase o estado terminal de la vida, se requerirá un informe o declaración escrita expedida por el médico tratante que acredite la condición de salud del niño o niña. En cambio, en caso de tratamiento destinado al alivio del dolor y cuidados paliativos por cáncer avanzado, se requerirá que la condición de salud del niño o niña forme parte de las patologías consideradas dentro de las Garantías Explícitas en Salud, establecidas en la Ley N° 19.966 y sus reglamentos.

Licencia médica y permiso²⁹

La licencia médica es otorgada al trabajador o trabajadora por el médico tratante del niño o niña, y en ella deberá certificarse la ocurrencia de algunas de las condiciones graves de salud señaladas. La licencia se otorgará por períodos de hasta quince días, pudiendo ser prorrogada por períodos iguales, sea en forma continua o discontinua. En caso de accidente grave, la licencia solo podrá otorgarse a partir del día undécimo de ocurrido el accidente³⁰.

El permiso tiene duración diferenciada, dependiendo de la cobertura de la ley. Así, a) en caso de cáncer tendrá una duración de hasta noventa días por cada hijo o hija afectado, dentro de un período de doce meses, contados desde el inicio de la primera licencia médica, el cual podrá ser usado hasta dos períodos continuos respecto del mismo diagnóstico; b) si es trasplante de órgano sólido y progenitores hematopoyéticos, tendrá una duración de hasta noventa días, por cada hijo o hija afectado, respecto del mismo diagnóstico; c) fase o estado terminal de la vida será hasta producido el deceso del hijo o hija; d) accidente grave tendrá una duración máxima de hasta cuarenta y cinco días, en relación con el evento que lo generó, por cada hijo o hija afectada³¹.

²⁹ Hasta octubre de este año, 2018, se habían autorizado a nivel nacional 17 111 licencias a favor de 323 padres de niños.

³⁰ Aunque el artículo 13 de la Ley 21.063 regula la licencia y, conforme a los artículos 11 y siguientes del Decreto N° 69 regulan el otorgamiento y tramitación de la licencia en papel, el Dictamen 1205-2020, de 24 de marzo, Superintendencia de Seguridad Social, atendida la contingencia del Covid-19, implementó un mecanismo de tramitación electrónica.

³¹ Se debe tener presente que, conforme al Dictamen 2018-2020, de 17 de junio, atendidas las condiciones de la Pandemia, amplió los períodos para gozar de licencias, extendiéndolo por 90 días adicionales: “Considerando la situación de emergencia sanitaria que afecta al país, esta Superintendencia en el ejercicio de las facultades que le confieren su Ley Orgánica, N° 16.395, y especialmente, las establecidas en el artículo 42 de la Ley N° 21.063 en armonía con el artículo 45 del Código Civil, ha estimado pertinente extender excepcionalmente los días del permiso Sanna, en los términos que a continuación se indican: a) Extensión del permiso: 90 días. b) Contingencias respecto de las cuales opera la extensión del permiso: cáncer (letra a) del artículo 7° de la Ley N° 21.063)

Si el padre y madre son beneficiarios del seguro, podrán hacer uso del permiso conjunta o separadamente, según ellos lo determinen³². Podrán también usarse por media jornada en aquellos casos que el médico tratante prescriba que la atención, el acompañamiento o el cuidado personal del hijo o hija puede efectuarse bajo esta modalidad, y para su cálculo se entenderá que equivalen a medio día. Las licencias médicas por media jornada en los casos de cáncer, trasplante de órgano sólido y fase o etapa terminal de la vida podrán tener una duración de hasta treinta días cada una de ellas.

Uno de los problemas o dudas que más se han presentado con la implementación de la ley es respecto de la situación de los funcionarios públicos que hacen uso de esta licencia. Específicamente, si por dichos períodos les corresponde percibir su remuneración o el pago del subsidio señalado en el artículo 16 y siguientes de la presente Ley. Esto se origina porque los funcionarios públicos que hagan uso de licencia médica, de acuerdo con el artículo 106 del D.F.L. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, de 16 de marzo de 2005, sobre Estatuto Administrativo, tienen derecho a que el empleador les pague el total de sus remuneraciones, y el artículo 12 de la Ley N° 18.196 dispone que las instituciones públicas tienen derecho a que las COMPIN o las ISAPRES³³, según corresponda, le paguen por sus trabajadores afectos al Estatuto Administrativo, que se acojan a licencia médica, una suma equivalente al subsidio que les habría correspondido de haberse encontrado afectos a las normas

y trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos (letra b) del artículo 7° de la ley N° 21.063). c) Ejercicio del derecho: cada niño o niña sólo dará derecho a una extensión de 90 días por cada una de las contingencias cubiertas, lo que significa que sólo uno de los padres, o el tercero, en su caso, podrá hacer uso de la extensión de días. d) Uso de los días de extensión: Los días que considera la extensión sólo podrán ser usados una vez agotados los días a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 14 de la Ley N° 21.063, según sea el caso. e) Como la extensión sólo contempla 90 días, que corresponde a la duración máxima de días a que tiene derecho el padre, la madre, o el tercero, respecto de un niño o niña, no procederá el traspaso de días a que se refiere el artículo 15 de la Ley Sanna". El Dictamen 2896-2020, de 11 de septiembre, Superintendencia de Seguridad Social, fija el período durante el cual puede hacerse uso de la extensión del permiso conferido por la Ley 21.063. Una nueva extensión, por 30 días, se permitió en virtud del Dictamen 3784-2020, de 27 de noviembre, Superintendencia de Seguridad Social. Por Dictamen 468-2021, de 4 de febrero, se autorizó a los beneficiarios a usar los días de permisos adicionales, hasta la extensión de estado de excepción constitucional, decretado a propósito de la pandemia. Estos dictámenes están disponibles en www.suseso.cl.

³² Además, en los dos primeros casos, cualquiera de ellos podrá traspasar al otro la totalidad del permiso que le corresponde, y en el último caso podrá traspasar hasta dos tercios de la totalidad del permiso.

³³ El sistema chileno regula, separadamente, dos sistemas de salud. Por una parte, un sistema público, a cargo de un Fondo nacional, denominado FONASA opera, para la certificación y validación de licencias y permisos, con el organismo denominado COMPIN (Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez). Este mismo organismo valida el otorgamiento de licencias médicas en el caso del segundo sistema que opera en Chile, sistema privado administrado por Isapres, Instituciones de Salud Previsional, sociedades anónimas que puede gestionar el 7% de cotización obligatoria de salud, cuando el afiliado tenga la capacidad económica de afiliarse a ella. Para esta cuestión, véase Cifuentes (2018, pp. 39 y ss.).

del D.F.L. N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Por su parte, la Ley N° 21.063 en su artículo 4° señala que los trabajadores afiliados, entre los que se encuentran los funcionarios públicos, tendrán derecho al permiso y al pago de un subsidio que reemplace total o parcialmente su remuneración o renta mensual. Al respecto, la Superintendencia de Seguridad Social en los dictámenes números 16.883³⁴, 32.672³⁵ y 32.920³⁶ ha señalado que durante el período en que los funcionarios hagan uso del permiso no tienen derecho a mantener remuneración por aplicarse lo establecido para este seguro en la Ley N° 21.063³⁷. También lo ha resuelto así la Corte Suprema, en sentencia de 18 de marzo de 2020³⁸.

Subsidio

El trabajador que haga uso del permiso tendrá derecho al pago de un subsidio con cargo al Seguro por todo el período de duración de este, si cumple con los requisitos de afiliación y cotización regulados en la ley, que se regula en los artículos 16 a 19 de la Ley 21.063. En cuanto a su monto, la ley distingue si se trata de trabajadores dependientes o independientes. Para los dependientes se calculará sobre la base del promedio de las remuneraciones netas³⁹ y de los subsidios por incapacidad del origen común, laboral o maternal, o bien de este Seguro, percibidos en los últimos tres

³⁴ Dictamen 16.883-2018, de 5 de abril de 2018. Disponible en www.suseso.cl.

³⁵ Dictamen 32.672, de 21 de junio de 2018. Disponible en www.suseso.cl.

³⁶ Dictamen 32.920, de 18 de junio de 2018. Disponible en www.suseso.cl.

³⁷ La relación entre el derecho laboral y su aplicabilidad a los funcionarios públicos es discutida en Chile). Nos hemos ocupado de la laboralidad en el sector público en nuestros trabajos Pinto (2016, pp. 144 y ss., y 2017a, pp. 3 y ss.; y 2017b, pp. 297 y ss.).

³⁸ Corte Suprema, 18 de marzo de 2020, rol 26958-2019, indicador CL/JUR/69333/2020: “En la especie, y conforme a lo señalado, la Ley N° 21.063, el monto máximo del seguro cubre total o parcialmente la remuneración del trabajador, según se ha expresado con anterioridad en esta sentencia. Las normas citadas –artículo 111 del Estatuto administrativo y artículo 16 del D.L. N° 3.500– evidencian que el pago del subsidio por concepto de la Ley N° 21.063 se encuentra limitado en su monto a la remuneración imponible conforme lo señala el artículo 16 de la Ley SANNA ya transcrito, que a efectos del período reclamado por la recurrente asciende a 79,2 unidades de fomento, estableciendo una aplicación general sin distinción de ésta conforme lo dispuesto en la letra b) del artículo 2° de la ley citada. Cabe agregar que tampoco encuentra respaldo el planteamiento de la actora en el artículo 111 del Estatuto Administrativo, puesto que los supuestos aludidos en esta disposición no consideran la situación específica a que alude la Ley N° 21.063, esto es reposo laboral a efectos de acompañar a un hijo menor de edad aquejado por los problemas de salud en ella señalados. Conforme a lo razonado, se colige que el actuar de la recurrida no es ilegal ni arbitrario, toda vez que la decisión encuentra su fundamento en una clara norma legal que instruye sin cavilaciones la forma en que se debe calcular el pago del subsidio para todos los beneficiarios de la Ley Sanna, en consecuencia el recurso de protección debe ser rechazado (considerandos 9° y 11° de la sentencia de la Corte Suprema)”.

³⁹ Se entiende por remuneraciones netas para la determinación de la base de cálculo la remuneración imponible respecto de la que se hayan efectuado las cotizaciones, con deducción de las cotizaciones de cargo del trabajador y de los impuestos en su caso.

meses calendarios anteriores más próximos al inicio del permiso. En el caso de los independientes, el subsidio se calculará sobre la base de las rentas netas y subsidios percibidos dentro de los cinco meses anteriores más próximos al mes en que se inicia el permiso.

Este subsidio será imponible para previsión y salud de conformidad con el artículo 17 del Decreto Ley N° 3.500, y durante el tiempo que el trabajador lo perciba, el empleador deberá continuar declarando y pagando las cotizaciones que son de su cargo.

En el caso que el trabajador esté temporalmente cesante, el artículo 17 señala que el monto diario del subsidio se calculará sobre la base del promedio de las remuneraciones netas y de los subsidios por incapacidad de origen común, laboral o maternal, o bien de este Seguro, percibidos en los últimos doce meses calendarios anteriores y más próximos al inicio del permiso.

En cuanto a su tope, equivaldrá al 100 % de las remuneraciones o rentas netas del trabajador o trabajadora calculadas de acuerdo con el procedimiento señalado. Además, estas prestaciones son incompatibles con el pago del subsidio por incapacidad de origen común o laboral, del subsidio por descanso maternal, incluido el tiempo de descanso postnatal parental o por el permiso por enfermedad grave del niño menor de un año, y se suspenderán por estas causas. Asimismo, serán incompatibles con el uso de feriado legal o permiso con goce de remuneración, en su caso⁴⁰. Por lo anterior, solo se podrá hacer uso del seguro una vez finalizados los permisos o descansos.

Financiamiento del seguro y del fondo

El fondo del seguro tendrá un patrimonio independiente y separado del patrimonio de la entidad que lo administre o gestione, y se financiará con los siguientes recursos, conforme el artículo 24 de la Ley: a) con una cotización mensual de un 0,03 % de las remuneraciones o rentas imponibles de los trabajadores dependientes o independientes; b) con la cotización para este seguro que proceda durante los períodos en que el trabajador o trabajadora esté haciendo uso de él y por lo períodos de incapacidad laboral temporal de origen común, maternal o de la Ley N° 16.744, de cargo del empleador; c) con el producto de las multas, reajustes e intereses que se apliquen en conformidad a la Ley N° 17.322; d) con las utilidades o rentas que produzcan la inversión de los recursos anteriores.

La recaudación de dichas cotizaciones se efectuará por la Mutualidades de Empleadores o el Instituto de Seguridad Laboral, quienes además deberán perseguir el cobro de las sumas adeudadas. Una vez que recauden estos fondos deberán depositarlos mensualmente en una cuenta única que será llevada

⁴⁰ Solo será compatible con el pago de subsidio de origen común, laboral o de otro beneficio de protección a la maternidad utilizado en jornada parcial.

por la entidad administradora del fondo, que estará a cargo de una persona jurídica de derecho privado constituida en la República de Chile, la que se determinará mediante licitación pública.

Cotizaciones

El empleador deberá cotizar por todos sus trabajadores, el cálculo se realizará sobre las rentas o remuneraciones imponibles de los trabajadores según corresponda, hasta el tope máximo vigente establecido en el artículo 16 del Decreto ley N° 3.500, consideradas al último día del mes anterior al pago. En el caso que el trabajador o trabajadora desempeñe dos o más empleos, se deberá efectuar cotizaciones por cada una de las remuneraciones, y en cada una hasta el tope que se refiere el inciso segundo del artículo 26, en lo demás se aplicará lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto ley N° 3.500.

Junto a lo anterior, el artículo 26 inciso final señala que para todos los efectos legales estas cotizaciones tendrán el carácter de cotización de la Seguridad Social.

Modificación al artículo 199 bis del Código del Trabajo

Junto con el seguro la Ley N° 21.063 modifica el artículo 199 bis del Código del Trabajo, añadiendo como beneficiario del permiso tanto al padre como la madre que sean trabajadores, pudiendo utilizarlo conjunta o separadamente. Además, incluye al tercero, distinto del padre o madre, que tenga el cuidado personal otorgado por resolución judicial. Y, por último, se establece que gozarán los trabajadores del mismo permiso cuando el o la cónyuge, el o la conviviente civil o el o la madre del trabajador o trabajadora estén desahuciados o en estado terminal.⁴¹

5. CONCLUSIONES

La aplicación de la Ley, especialmente en períodos de pandemia, ha generado problemas que se han abordado junto con la descripción de los principales aspectos del seguro. Estos problemas de puesta en marcha se han traducido en una flexibilización de los requisitos establecidos en la Ley, por vía administrativa, a través de la interpretación que ha hecho la Superintendencia de Seguridad Social. Así ha ocurrido con lo sujetos protegidos (en cuanto a quien puede emplear exclusivamente el seguro), la ampliación a los funcionarios públicos y sus condiciones, la forma de tramitación de licencias o la extensión de los días de permiso, incluso al margen del propio precepto legal, como consecuencia de la pandemia de COVID-19.

⁴¹ Véase Cifuentes (2018, pp. 45-46).

En la valoración crítica, es sin duda alguna un avance el incorporar un permiso para cuidar a los hijos que son diagnosticados con este tipo de enfermedades, que deben someterse a largos y complejos tratamientos, demandando el cuidado personal y contención de sus padres, los que hasta la entrada en vigencia de esta ley se encontraban frente a la necesidad de continuar trabajando para evitar caídas dramáticas en los ingresos familiares o renunciar a sus empleos para poder acompañar en este duro proceso a sus hijos.

Otro aspecto que conviene destacar es la igualdad en dicho permiso, tanto para el padre como la madre, y la modificación del artículo 199 bis incorporando al conviviente civil como sujeto protegido, lo que refleja la adecuación a las otras modificaciones legales que se han ido realizando en nuestro país.

No obstante, en tanto mecanismo de seguro, tiene algunos nudos problemáticos. Uno de ellos es la aún escueta lista de enfermedades, en comparación, por ejemplo, con el caso español⁴². En efecto, la legislación chilena solo contempla una lista de cuatro casos considerados como condición grave de salud, por lo que en las otras enfermedades no contempladas se debiese aplicar el artículo 199 bis del Código del Trabajo, es decir, se gozará solo de diez jornadas ordinarias al año, las que además deberán ser restituidas mediante imputación al feriado anual o laborando horas extraordinarias, o incluso descontando el tiempo equivalente al permiso obtenido de las remuneraciones mensuales del trabajador, lo que, lógicamente, no es suficiente cuando se tiene un hijo con otra enfermedad grave no contemplada en la lista.

Por último, debemos mencionar que la técnica legislativa empleada es un confusa, al no incorporar ni mencionar dicho permiso en el Código del Trabajo, que es donde están contemplados los otros permisos para el cuidado de hijo enfermo y los permisos para la madre o el padre que sufra este tipo de siniestros. Ciertamente, el artículo 199 bis del Código del Trabajo es complementario del seguro, pero es un síntoma acusado de la ausencia en Chile de un genuino sistema de seguridad social. Las contingencias sociales van siendo suplidas en la medida que las necesidades sociales demanda, cumpliéndose en parte la demanda. Dos aspectos pueden ejemplificar lo anterior, que hemos desarrollado en este trabajo: a) la paradójica referencia de la Ley 21.603 a la Ley 16.744, sobre accidentes de trabajo, para efectos de regular la afiliación al seguro. Ello solo se explica en la medida que no hay un sistema que establezca reglas generales sobre alta; b) las falencias de

⁴² Al respecto, encontramos, por ejemplo, el caso de un particular que recurre a la Superintendencia de Seguridad Social exponiendo la condición de salud que afecta a su hijo menor de un año, quien presenta una cardiopatía congénita, situación que la ha mantenido haciendo uso de licencia médica por enfermedad grave de niño menor de 1 año, y atendido que su hijo requiere cuidados y tratamiento, consulta si le corresponde hacer uso del beneficio de Ley Sanna. Por Dictamen N° 21.317 de 2018, responde que la condición médica señalada no se encuentra cubierta por el Seguro de la ley N° 21.063.

nacimiento, al determinarse algunos tipos de enfermedades, lo que explica la dualidad de regímenes, es decir, un mecanismo de seguro social y un permiso, con cargo a restitución, regulado en el artículo 199bis, más amplio en sus propósitos.

REFERENCIAS

Artículos

- Caamaño Rojo, E. (2009). Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. *Revista de Derecho de la PUCV*, 33, p. 4
- Caamaño Rojo, E. (2010). El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXV .p. 96-97
- Donoso Siña, E. (2007). Descenso de la natalidad en Chile: un problema país. *Revista Chilena de obstetricia y ginecología*, 72(2), p. 73
- Henríquez, H. y Riquelme, V. (1996). Trabajo y maternidad: Los pasos pendientes. *Temas Laborales*, 3.p. 2
- Llamosas Trápaga, A. (2013). El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: Una nueva modalidad de reducción de jornada. *Academia Vasca de Derecho*, 24(XII), .p. 253-267
- Osio Havriluk, L. (2015). Salud y seguridad en el teletrabajo. Caso: Argentina. *Revista Visión Gerencial*, 14(2), .p. 410-426
- Ríos Rodríguez, A. (1991-1992). Protección de la maternidad en la Comunidad Europea". *Cuadernos de Trabajo Social*, 4-5, .p.167

Libros y capítulos de libros

- Agís Dasilva, M. y Blasco Lahoz, J. F. (2021). *Legislación básica de Seguridad Social*, 18ª edición. Tirant lo Blanch.
- Arellano Ortiz, P. (2015). *Lecciones de Seguridad Social*. Librotecnia.
- Blasco Lahoz, J. F. (2014). *Seguridad Social. Régimen General, regímenes especiales y prestaciones no contributivas* (6ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Caamaño Rojo, E. (2011). *Mujer, Trabajo y Derecho*. LegalPublishing.
- Cardona Rubert, M. B. y García Testal, E. (2014). Cap. 11: Riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave. En Requeta Buj, R. y García ortega, J. (Dirs.), *Derecho de la Seguridad Social* (3ª Ed.). Tirant oo Blanch.
- Cerda, R., Domínguez S., C., Lafortune, J., Muñoz, N. y Reyes, J. (2020). *Empleo femenino y Covid-19: diagnósticos y propuestas*. Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.

- Cifuentes Lillo, H. (2018). *El Sistema de Seguridad Social chileno*. Ediciones UC.
- Gajardo Harboe, M. C. (2015). *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*. Thomson Reuters.
- Garrigues Giménez, A. (2004). *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*. Consejo Económico y Social.
- Hutchinson, E. (2006). *Labores propias de su sexo: Género, políticas y trabajo en Chile urbano 1900-1930*. Santiago.
- Lanata Fuenzalida, G. (2014). *Manual de legislación previsional (2ª Ed.)*. Thomson Reuters.
- Lanata Fuenzalida, R. (2019). *Responsabilidad contractual y extracontractual por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*. Der Ediciones.
- Lousada Arochena, J. F. (2008). *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Bomarzo.
- Pablos de Escobar, L. (2004). Participación laboral femenina. Análisis de los factores determinantes. La importancia de la educación. AA.VV. *XI Encuentro de Economía Pública*. Madrid.
- Pinto Sarmiento, Y. (2016). Negociación colectiva en el sector público en Chile. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4(3), p. 1-22
- Pinto Sarmiento, Y. (2017a). Aplicación del procedimiento de tutela laboral a los funcionarios públicos. *Cuaderno Jurídico y Político*, 3(10). p. 3-13
- Pinto Sarmiento, Y. (2017b). Responsabilidad del Estado empleador respecto de los trabajadores subcontratados. En Y. Pinto Sarmiento (Coord.), *Problemáticas en torno a la subcontratación*. Librotecnia.
- Pinto Sarmiento, Y. (2019a). Inclusión de las personas con discapacidad en el mundo laboral. *Revista de Derecho del Trabajo*, 22. p. 203-215
- Pinto Sarmiento, Y. (2019b). *El concepto de accidente de trabajo en el sistema español: desde los orígenes de la protección al Sistema de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales*. Tirant Lo Blanch
- Pinto Sarmiento, Y. (2020a). El derecho de desconexión en el teletrabajo y salud laboral en tiempos de pandemia. En A. Domínguez Montoya et al. (Coordis.), *Derecho del trabajo y los efectos laborales de la crisis y emergencia sanitaria en Chile*. Thomson Reuters.
- Pinto Sarmiento, Y. (2020b). *Aspectos laborales frente al término o suspensión del contrato en tiempos de pandemia*. Tirant lo Blanch.
- Riquelme Giagnoni, V. (2011). ¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos, aporte al debate laboral de la Dirección del Trabajo. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo.
- Rodríguez Escanciano, S. (2013). *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*. Bomarzo.
- Sáez, B. (2020). *Emprendimiento y subsistencia: radiografía a los microemprendimientos en Chile*. Fundación Sol.

- Sánchez, M. (2009). *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*. Bomarzo.
- Tortuero Plaza, J.L. (2006). *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral. Del permiso de paternidad obligatorio... al apoyo de las PYMES*. Thomson-Civitas.

Informe técnico

- Instituto Nacional de Estadística [INE] (2015). *Mujeres en Chile y mercado del trabajo. Participación laboral femenina y brechas salariales*. <http://www.ine.cl/docs/default-source/laborales/ene/publicaciones/mujeres-en-chile-y-mercado-del-trabajo---participación-laboral-femenina-y-brechas-salariales.pdf?sfvrsn=4>.
- Instituto Nacional de Estadística [INE] (2018). *Atlas de Género del Instituto Nacional de Estadísticas*. <http://inechile.maps.arcgis.com/apps/Cascade/index.html?appid=00b769d5f3dc406ca2b-2119d46018111d>.
- RENCI (2018). Primer informe del Registro Nacional de Cáncer Infantil de Chile (menores de 15 años). Quinquenio 2007-2011. http://www.ipsuss.cl/ipsuss/site/artic/20180117/asocfile/20180117150429/informe_renci_2007_2011registro_nacional_c__ncer_infantildepto_epidemiolog__aminsal2018.pdf.
- SERNAM (2014). *Estudio percepciones y prácticas de conciliación y corresponsabilidad en organizaciones públicas y privadas*. https://www.esec.cl/esec/site/artic/20180710/asocfile/20180710103928/estudio_sernam_uandes_2014__1_.pdf.

Leyes y jurisprudencia

- OIT (1919). Convenio número 3, sobre la protección de la maternidad, de 29 de octubre de 1919. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es>.
- OIT (1952). Convenio número 103, sobre protección de la maternidad, de 4 de junio de 1952. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es>.
- OIT (1970). Convenio número 132, sobre vacaciones pagadas, de 3 de junio de 1970. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es>.
- OIT (1971). Convenio número 136, sobre el benceno, de 2 de junio de 1971. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es>.
- OIT (1981). Convenio número 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 3 de junio de 1981. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es>.
- OIT (2000). Convenio número 183, sobre protección de la maternidad, de 30 de mayo de 2000. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es>.

Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, denominado “para la aplicación y desarrollo, en el Sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=B0E-A-2011-13119.

DL. N° 3.500, de 13 de noviembre de 1980, que establece nuevo sistema de pensiones. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7147>.

DFL N° 44, de 24 de julio de 1978, que fija normas comunes.

Ley 16.744, de 1 de febrero de 1968, establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28650>.

Ley N° 17.322, de 19 de agosto de 1970, normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las Instituciones de Seguridad Social. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28919>.

Ley N° 18.196, de 29 de diciembre de 1982, que establece normas complementarias de administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29617>.

Ley N° 18.834, de 16 de marzo de 2005, sobre Estatuto Administrativo. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30210>.

Ley 19.966, de 3 de septiembre de 2004, que establece un régimen de garantías en salud. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229834>.

Ley 21.010, de 28 de abril de 2017, extiende y modifica la cotización extraordinaria para el Seguro Social contra riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y crea el fondo que financiará el seguro para el acompañamiento de niños y niñas. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1102293>.

Ley 21.063, de 30 de diciembre de 2017, crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indican, y modifica el Código del Trabajo para estos efectos. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1113014>.

Dictamen 16.883-2018, de 5 de abril de 2018, Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen 21.317, de 27 de abril de 2018, Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen 32.920, de 18 de junio de 2018, Superintendencia de Seguridad Social

Dictamen 32.672, de 21 de junio de 2018, Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen 29783, de 10 de septiembre de 2018, Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen 1205 de 24 de marzo de 2020, Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen 2896, de 11 de septiembre de 2020, Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen 3559, 24 de noviembre de 2020, Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen 3784, de 27 de noviembre de 2020, Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen 3306, de 13 de enero de 2021, Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen 468, de 4 de febrero de 2021, Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen 824, de 8 de marzo de 2021, Superintendencia de Seguridad Social.

Dictamen 965/26, de 13 de marzo de 2003, Dirección del Trabajo.

Dictamen 3846/104, de 5 de septiembre de 2005, Dirección del Trabajo.

Dictamen 3713/40, de 25 de septiembre de 2013, Dirección del Trabajo.



**Revista de
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.57.121.852>

El “estado de excepción”: ¿Un instrumento de la democracia?

The “state of exception”: an instrument of democracy?

J O A Q U Í N O R D Ó Ñ E Z

Profesor e investigador de tiempo completo adscrito a
la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.
(Autor de correspondencia) jordonezs@uaemex.mx

A L E J A N D R A F L O R E S M A R T Í N E Z

Profesora e investigadora de tiempo completo adscrita a
la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.
afloresm@uaemex.mx

Resumen

Ante la crisis de legitimidad en algunos Estados contemporáneos surge la necesidad de considerar criterios de solución que no estén exclusivamente basados en la legalidad o en la juridicidad. A partir de una investigación documental se revisa el concepto de *excepción* relacionado con el concepto de *soberanía*, como una alternativa a la norma o a lo *normal* y se propone como un instrumento de la democracia que sustenta la toma de decisiones estatales y al ente facultado para ello, es decir, el pueblo. Así, se postula que el concepto de *excepción*, como constructo teórico de Carl Schmitt expuesto en su *Teología Política*, puede ser un instrumento para el adecuado ejercicio de la democracia en un Estado, por lo que, más que un *Estado de excepción*, en realidad es una *excepción democrática*.

PALABRAS CLAVE

Democracia, estado de excepción, soberanía.

Abstract

Given the crisis of legitimacy in some contemporary states, the need arises to consider solution criteria that are not exclusively based on legality or legality. From a documentary investigation, the concept of *exception* related to the concept of *sovereignty* is reviewed, as an alternative to the norm or *normal* and is proposed as an instrument of democracy that supports state decision-making and the entity empowered to do so, that is, the people. Thus, it is postulated that the concept of *exception*, as a theoretical construct of Carl Schmitt exposed in his *Political Theology*, can be an instrument for the adequate exercise of democracy in a State, for which, more than a *state of exception*, is actually a *democratic exception*.

KEYWORDS

Democracy, State of exception, sovereignty.

1. INTRODUCCIÓN

En un Estado constitucional y democrático la característica principal de la vida pública es que está regida y regulada por normas jurídicas que delimitan la actuación tanto de gobernantes como de gobernados o ciudadanos en general. Tales normas jurídicas tienen como finalidad prohibir, permitir u obligar respecto a la realización de determinadas conductas consideradas como deseables (o indeseables, según sea el caso) para la supervivencia y funcionamiento de un Estado y de una sociedad, lo cual se traduce en derechos, libertades y obligaciones; de esa normatividad se obtiene seguridad y se logran los objetivos que la sociedad se ha planteado a través de los órganos estatales.

Sin embargo, la crisis de legitimidad de los Estados contemporáneos, derivada de los problemas de eficacia en el actuar de sus órganos e instituciones y también de la agudizada corrupción,¹ ha provocado que se ponga en duda esa legitimidad y legalidad. Por eso, tal vez sea necesario que se apliquen criterios de solución a esa problemática estatal que no estén exclusivamente apegados a la juridicidad, ya que esa vía no ha sido del todo eficaz para darles solución a esos problemas. Es decir, para ayudar a solucionar esa problemática se deben explorar posibilidades alternas que no estén exclusivamente basadas en la norma jurídica positiva o positivizada, sino que ahora se puede (y tal vez se debe) considerar la *excepción* como uno de los conceptos que están inmersos en el propio derecho a través de la norma jurídica y que, de inicio, deriva en otro concepto: el de *estado de excepción*.

Para salvaguardar el Estado y su funcionamiento, se ha sustentado una medida drástica que ha tenido diversos nombres, desde aquellos que hacen referencia a una dictadura constitucional hasta los estados de sitio, suspensión de garantías y también *estado de excepción*, pero en otras ocasiones incluso se ha denigrado la figura por el riesgo probable de que se abuse de semejante poder por parte de los gobernantes y en detrimento de los derechos de los ciudadanos, lo que en última instancia puede potencialmente afectar a la democracia o a la democratización del Estado en el que se apliquen cualquiera de esas medidas extraordinarias. No obstante, surge la cuestión acerca de si el *estado de excepción* está diseñado para operar en circunstancias y contextos democráticos y es, por tanto, un instrumento para la democracia o, por el contrario, se trata de una medida extraordinaria que antes de coadyuvar con los principios y valores de la democracia, los perjudica y los disminuye en detrimento de los derechos ciudadanos.

Del *estado de excepción* deriva la posibilidad de considerar el concepto puro de *excepción* como una alternativa que tiene su fundamento en la decisión soberana del pueblo, respecto a casos o situaciones de hecho que no están contempladas por la norma jurídica. Lo anterior considerando que la norma jurídica, así como la soberanía y otros conceptos, son un instrumento de la democracia, por lo

¹ En países latinoamericanos el índice de percepción de la corrupción en el año 2020 tiene una media de 39, en una escala de 0 a 100 (en la que un puntaje de 100 indica que no se percibe corrupción).

que las excepciones a la norma jurídica forman parte también de ese instrumental democrático con el que cuentan los estados contemporáneos a través de la actuación soberana de sus pueblos. Para sustentar lo anterior, se parte del concepto de *estado de excepción* expuesto por Carl Schmitt en su obra *Teología Política*,² para determinar el de “excepción” como otro de los instrumentos democráticos con los que cuentan los estados, concretamente por la toma de decisiones de sus pueblos.

La idea de “excepción” es un tema paradigmático para el desarrollo, fortalecimiento y consolidación del Estado constitucional y, por ende, de la democracia, máxime que a partir de 2020 el Estado de excepción se ha puesto a prueba, ya que se presentó como una respuesta pragmática para que los Estados pudieran hacer frente a la emergencia de salud pública de importancia internacional producida por el virus SARS-CoV-2, de ahí que resulta importante reconsiderar el estado de excepción en el contexto de los Estados democráticos. Asimismo, es importante distinguir otras categorías que se usan como sinónimas del estado de excepción pero que no son relevantes para este trabajo: estado de necesidad, gobierno de crisis, estado de alarma, estado de sitio, estado de emergencia, estado de emergencia por desastre natural, estado de desastre natural, estado de emergencia sanitaria, estado de emergencia de salud pública, estado de crisis, estado de epidemia, estado de emergencia nacional, estado de emergencia económica, social y ecológica, ley marcial, poderes de emergencia e, incluso, dictadura constitucional.³

2. EL CONCEPTO DE *EXCEPCIÓN* VS. EL DE *NORMALIDAD*.

Para poder abordar los conceptos de *excepción* y de *normalidad* desde el punto de vista de la democracia, es necesario considerar de inicio las definiciones proporcionadas por el diccionario de la Real Academia Española; así, *excepción* es aquello que se aparta de la regla o de la condición general de las demás de su especie, mientras que *normalidad* es cualidad o condición de *normal*, lo que a su vez es una cosa que, por su naturaleza, forma o magnitud, se ajusta a ciertas normas fijadas de antemano. De lo anterior se obtiene que lo contrario a lo *normal* es aquello que no se ajusta a las normas fijadas, por lo que se aparta de la regla o condición general, dando como resultado que la “*excepción*” es lo contrario a lo *normal*, o sea, lo *anormal*.

² Si bien existe teoría previa a la contribución de Carl Schmitt con relación al estado de excepción (por ejemplo, de Montesquieu, Rousseau, Maquiavelo, etc.), en este trabajo solamente se considera como marco teórico sus aportaciones contenidas en su “Teología política”, sin menoscabo de sus contribuciones plasmadas en su obra “La dictadura”. Asimismo, no se puede dejar de mencionar la influencia teórica de Schmitt con relación al estado de excepción en, por ejemplo, Karl Loewenstein, Maurice Duverger, Norberto Bobbio, Diego Valadés, etc., pero que aquí tampoco es el espacio ni el objetivo para su análisis.

³ No es objetivo de este trabajo enunciar y explicitar todos estos conceptos, menos aún los supuestos y casos de otros derechos que desembocan en una similar postura, como el derecho a disentir que deriva en la llamada desobediencia civil o, incluso, en la objeción de conciencia.

Ahora bien, la doctrina ha considerado como características de la norma jurídica, entre otras: a) la bilateralidad, ya que impone deberes correlativos de facultades o concede derechos correlativos de obligaciones, b) la coercibilidad, en virtud de que existe la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea o en contra de la voluntad del obligado, c) la heteronomía, que implica la sujeción a un querer ajeno, por lo que se renuncia a la facultad de autodeterminación normativa (García, 2001, pp. 15-24), pero también d) la generalidad, la cual significa que las normas determinan conductas para todas las personas inmersas en el sistema jurídico de que se trate. Es aquí donde se inserta el concepto de *excepción*, ya que el primer cuestionamiento que surge de las características mencionadas es si deben existir excepciones a la norma jurídica positiva; dicho de otra manera: ¿deben positivizarse las excepciones a la norma jurídica positiva? Y la respuesta sería que tal vez no, porque al positivizar la *excepción* se le resta la autoridad al ente soberano⁴ para que decida sobre la *excepción*, es decir, al estar la excepción incluida en la norma deja de ser *excepción* para convertirse en *normalidad* y al ente soberano se le resta la posibilidad de que tome decisiones sobre la *excepción*, ya que esa *decisión* fue tomada por el legislador al momento de positivizar la *excepción* y de convertirla en norma (o *normalidad*), por lo que la *excepción* estaría inmersa en la propia norma y no en la autonomía soberana del ente. De esta manera, cuando la *excepción* está positivizada se convierte en norma, por lo que hablar de *excepción* normativizada es un contrasentido.

En este punto es donde conviene atender al significado de *decisión* de acuerdo con el mencionado diccionario de la lengua; así tenemos que es la determinación o resolución que se toma o se da en una cosa dudosa, es decir, en una cosa o situación de *excepción* o de *anormalidad*. De lo anterior se desprende el segundo cuestionamiento que surge de las características mencionadas de la norma jurídica: ¿quién o qué ente debe ser el idóneo para, primero, determinar la existencia o no de una cosa o situación excepcional y, segundo, tomar una *decisión* y resolver sobre esa cosa o situación dudosa, es decir, sobre esa situación de *excepción* o de *anormalidad*? Aunque, en realidad, determinar la existencia de una situación excepcional y resolverla son dos acciones que, aunque con finalidades distintas, derivan de una “decisión”.

La ley es un constructo que se produce en un momento y espacio determinados, y a partir de ahí entra en una etapa en la que su redacción se vuelve estática pero no su significado, ya que con mucha frecuencia se realizan análisis de la norma jurídica una vez que ha sido positivizada, esto con el objetivo de develar la *verdadera* intención que tuvo el legislador al momento de crear la norma jurídica. A partir de lograr el descubrimiento anterior, se hace posible llevar a cabo una interpretación y aplicación de tipo extensivo en la que el intérprete (o incluso el aplicador) puede considerar

⁴ Que en una concepción moderna del concepto de soberanía tal autoridad se le atribuye específicamente al pueblo.

ampliamente el contenido significativo de la norma, salvo que haya una *excepción* establecida en la misma norma:⁵

Todos estos argumentos son aplicaciones diferentes del mismo procedimiento científico, y suponen siempre el análisis profundo de las disposiciones de la ley, con vistas al descubrimiento de la razón fundamental que la ha inspirado (*ratio juris*), descubierta la *ratio juris*, la aplicación extensiva es posible, a menos de que la disposición legal consagre una excepción (*Exceptio Est Strictissimae Interpretationis*). (Gény, 1919, p. 35)

Jurídicamente, la excepción se ha considerado como de muy estricta aplicación, ya que no sería posible interpretar y aplicar de manera extensiva cuando corremos el riesgo de que con esa interpretación y aplicación se rebase expresamente lo previsto en la excepción (y, sobre todo, sin atender a su *ratio juris*). Uno de los motivos por los que se realiza una interpretación extensiva es por la ausencia (o deficiencia) de solución para algún caso en la ley, es decir, por una falta de regulación, lo cual obliga al intérprete de la norma a considerar otros elementos que le ayuden a solucionar el caso mencionado. El hecho de que el legislador no prevea la solución para todos los casos que potencialmente pueden presentarse en la vida real es justificable, ya que sería imposible que pudiera preverlos; por eso, no puede ser el único ente en quien deba recaer la formulación del derecho:

El legislador no puede atribuirse el monopolio de la formulación del derecho, porque su actividad tropieza con una serie de barreras insuperables, que derivan de la naturaleza misma de las cosas (...) los partidarios de la escuela exegética reconocen algunas restricciones de este tipo, al sostener, por ejemplo, que si dos disposiciones legales contemporáneas ofrecen una contradicción irreductible, hay que considerar que se destruyen recíprocamente, dejando una laguna que es necesario colmar... (García, 2001, p. 337)

La legislación sufre de los embates derivados de la realidad social, ya que los fenómenos sociales con mucha frecuencia rebasan lo establecido en la norma jurídica dejándola con lo que técnicamente se conoce como “laguna”, es decir, una ausencia o vacío en la solución del caso acontecido. Las limitaciones inherentes al ser humano se trasladan inevitablemente a su producto, es decir, las limitaciones del legislador se trasladan a su producto (que es la ley):

... si se acepta que la ley emana de la inteligencia y la voluntad humanas, y que esta voluntad y esa inteligencia, por regla general colectivas, se expresan en fórmulas concebidas en el mismo lenguaje de aquellos a quienes se dirigen, no es posible dejar de admitir dos limitaciones: 1. En primer lugar deberá reconocerse que la ley, como obra humana, es forzosamente incompleta, por grande que sea la perspicacia de sus redactores. 2. (...) se manifiesta siempre a través de ciertas fórmulas, que

⁵ La cual, como se dijo, estrictamente dejaría de ser excepción para convertirse en normalidad.

suelen ser interpretadas por otras personas. Éstas no podrán llegar directamente al conocimiento de la voluntad del legislador, sino que tendrán que dirigir su atención hacia la fórmula legal... (García, 2001, pp. 337-338)

Una especie de círculo legislativo se forma con dos elementos: por un lado, el legislador, quien crea la ley (imperfecta, como ya se dijo) y, por el otro lado, su destinatario, quien debe interpretarla para tratar de perfeccionarla; este último podría recibir una legislación que quizá no sea suficiente para la solución de la problemática que se le va presentando en la vida cotidiana, por lo que se ve obligado a realizar ciertas acciones para así poder subsanar la ley imperfecta y, en última instancia, para resolver la problemática que necesita le sea resuelta. En un extremo, puede ocurrir que el destinatario de la norma tenga la necesidad de que no se aplique la ley imperfecta (ya sea por ser insuficiente para la solución del caso o por que la solución del caso, resultado de su aplicación, sería injusta), luego entonces, tendría que optar por otro camino: la *excepción*, la cual alude a la posibilidad de que los destinatarios de la norma jurídica la desobedezcan por causas ajenas a la razonable previsión que pudo haber hecho el legislador, bajo la condición de que se cumplan ciertos requisitos, entre los que se encuentra el relativo a que la consecuencia de la desobediencia produzca una situación más justa que si se hubiera obedecido la norma.

En este punto surge la cuestión acerca de cuál debe ser el parámetro por el que se podría desobedecer a la norma y aplicar una excepción, ya que precisamente la norma jurídica (en general, la ley) sirve de parámetro para evitar arbitrariedades y otorgar seguridad jurídica a toda la actuación de las personas e incluso de los gobernantes. Tal vez se podría apelar a otro aspecto diferente de la mera positivización de la norma jurídica e inclinarse más hacia algún aspecto iusnaturalista, en el que el concepto de *justicia*, más allá del de *ley*, sea el que se aplique. Así, se podría tener en cuenta a la moral como una fuente razonable para justificar una conducta contraria a la norma jurídica positiva, para lo cual sería necesario atender las circunstancias específicas del caso que llevaron a que se desobedeciera la norma; por ejemplo, la urgencia, es decir, la imposibilidad o la dificultad manifiesta de que se pueda dar una solución legal o iuspositiva mediante la aplicación de la ley del Estado y de la implementación de procedimientos estatales para su solución, en virtud del tiempo con el que se cuenta para eso. Otro aspecto podría ser el que se refiere al bien jurídico tutelado, ya que este podría marcar la pauta para considerar una excepción (o una inaplicación de la norma jurídica positiva), y tal vez la irreparabilidad podría ser otro de los aspectos para considerar, ya que puede potencialmente ocurrir que al aplicar la norma (con todo lo que ello conlleva, es decir, procedimiento, formalidades, etc.) se provoque un daño o una lesión irreparable, por lo que la pronta y excepcional solución sería una opción deseable y hasta necesaria.

Se trata de una suerte de estado de necesidad en el que tendría aplicación el aforismo *necessitas non habet legem* (“la necesidad no tiene ley”), ya que en caso de que haya extrema necesidad y de que lo previsto en las normas jurídicas como *normal* no alcance para prevenir todo aquello que

sucedan de manera concreta en la realidad social (sobre todo considerando el producto imperfecto del legislador imperfecto), resulta la imposibilidad de que la norma (o lo *normal*) prevea las soluciones para todas las situaciones. Lo anterior obliga a que en esos casos se tome una decisión respecto a la aplicación de la norma o a su omisión, es decir, a su *excepción*. El cuestionamiento que surge aquí es el siguiente: ¿se puede, bajo esas circunstancias específicas de urgencia, bien jurídico tutelado e irreparabilidad, proceder contra lo establecido en una norma jurídica positiva con tal de lograr la solución de los problemas sociales y de alcanzar la finalidad de toda sociedad consistente en la adecuada convivencia?

En ciertos casos podría surgir la imposibilidad de ejecutar una conducta apegada a lo establecido por la norma positiva en virtud de que podría ocurrir algún perjuicio mayor que aquel que se pretende proteger, por lo que sería necesario ejecutar una conducta diferente, es decir, una que material y excepcionalmente se deba ejecutar, ya que no se puede actuar obedeciendo lo establecido de manera ordinaria en la norma jurídica en razón de la urgencia, premura o apremio que tal vez no deje tiempo para poder reflexionar ecuanímente sobre la mejor conducta y, sobre todo, acerca de la conducta que pueda estar apegada a la norma jurídica y así evitar su desobediencia o inaplicación. Dependiendo del ente que tome una decisión para aplicar la solución al caso excepcional, se habla de *estado de excepción* o simplemente de una *excepción*, ya que el primero tiene como base ideológica el concepto relacionado con la suspensión de las normas constitucionales por parte de los órganos del gobierno (o del elemento gubernamental del Estado) y del poder estatal dividido, mientras que el segundo corresponde a otra entidad: al elemento poblacional que forma parte del ente estatal.

3. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN SEGÚN LA TEOLOGÍA POLÍTICA DE CARL SCHMITT

Carl Schmitt es paradigmático respecto a la teoría sobre la Constitución, ya que sus estudios han dado luz para la comprensión de los fenómenos, circunstancias y conceptos de los documentos jurídicos fundamentales y su papel en la organización de los Estados democráticos. Su rendimiento teórico en cuanto al concepto de *excepción* en aras de dar una explicación acerca del mundo circundante y sus fenómenos políticos, sociales y, sobre todo, jurídicos, ha sido punto de partida para otros autores que han analizado esos temas. Es por lo que en este artículo se considera su pensamiento respecto al llamado *estado de excepción* que expone en su obra *Teología Política*, así como sus connotaciones e impacto como instrumento para el mejor desarrollo de la democracia.

En la obra mencionada se encuentran reflexiones teóricas acerca de lo que es la *norma* frente a la *excepción*, postulando que esta última tiene una mayor trascendencia respecto a la primera (o a lo *normal*), y que el *estado de excepción* y el *estado de emergencia* son conceptos que, aunque con ciertas similitudes, difieren uno del otro, principalmente en que este último tiene un fundamento legal, e

incluso constitucional, mientras que el primero tiene como fundamento la protección de las leyes y/o de la propia Constitución, esto en caso de que exista algún ataque, ya sea interno o externo, en cuyo caso la *excepción* puede oponerse a la *norma* o a *lo normal* (Schmitt, 2009, p. 180). Dice este autor que

El caso excepcional, el que no está previsto en el orden jurídico vigente, puede a lo sumo ser calificado como caso de extrema necesidad, de peligro para la existencia del Estado o de otra manera análoga, pero no se puede delimitar rigurosamente... (p. 14)

El concepto de *excepción* supera al de soberanía (o rivaliza con él), pero solamente en cuanto a la supremacía que debe caracterizar a la norma jurídica como producto de un órgano de Estado en el que se encuentran representados todos los ciudadanos y en el que se producen leyes acordes con la voluntad de esa ciudadanía (como un producto de esa representación), ya que el contenido de la soberanía pura que le corresponde al ente decisor es compatible con el contenido de la soberanía que le permite tomar una decisión excepcional.⁶ De aquí surge la diferencia entre *poder* (generalmente estatal) y el poder soberano (generalmente derivado de la voluntad ciudadana a través de la representación), ya que el poder estatal no podría establecer las excepciones a la norma que razonablemente se puedan aplicar a todas las circunstancias o fenómenos de la realidad social, en virtud de la imposibilidad de la que se habló antes, mientras que el pueblo (depositario original de la soberanía o del poder público, incluso sin que esté positivizado) es el que puede *de facto* omitir o excepcionar la norma cuando haya necesidad y exista justificación. Por ello, es plausible considerar que la ley no tiene la capacidad de prever lo anormal ni que la norma puede prever lo *anormal*, ya que sería un contrasentido. El *estado de excepción* es diferente a algo que podríamos llamar *estado de normalidad*, y la *excepción* es diferente de lo *normal*, es decir, el concepto de *excepción* comulga con el de *anormalidad*, ya que se trata de circunstancias que no han sido previstas en la norma por no haber ocurrido nunca en la realidad social o por no ocurrir con la suficiente frecuencia como para que sea regulada e incluida como supuesto jurídico en el derecho positivizado.

Si la excepción se opone a la norma, entonces esta última funge como el punto de partida para la excepción, es decir, no es posible determinar una *excepción* (es decir, una *anormalidad*) si no conocemos primero lo *normal*, y cuando el sujeto (puede ser un destinatario de la norma o un aplicador de la misma) se enfrenta a la norma injusta en un estado de necesidad, y decide su excepción, lo hace con base en saber primero el contenido de lo *normal*, de lo contrario no podría ocurrir la

⁶ Para construir su teoría sobre el estado de excepción, Carl Schmitt amplió el concepto de decisión, que ya había sido utilizado por Bodino: “Lo que es decisivo en la construcción de Bodino es haber reducido el análisis de las relaciones entre el príncipe y los estamentos a un simple dilema, referido al caso de necesidad. Eso es lo verdaderamente impresionante de su definición, que concibe la soberanía como unidad indivisible y zanja definitivamente el problema del poder dentro del Estado. El mérito científico de Bodino, el fundamento de su éxito, se debe a haber insertado en el concepto de la soberanía la decisión...” (Schmitt, 2009, p. 15).

excepción a la norma. En el centro de lo anterior está la paradoja de la soberanía: “el soberano está al mismo tiempo, afuera y adentro del orden jurídico” (Agamben, 1995, p. 171). Así, Schmitt aseveró de manera categórica que

... todo orden descansa sobre una decisión, y también el concepto del orden jurídico, que irreflexivamente suele emplearse como cosa evidente, cobija en su seno el antagonismo de los dos elementos dispares de lo jurídico. También el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma... (p. 16)

De donde se puede observar que el concepto de *decisión* adquiere un papel sumamente importante en la configuración, incluso, del sistema jurídico, ya que *todo* orden descansa en una decisión que tiene su origen en el ente depositario, fáctico y original de la soberanía.

Sigue diciendo que “Si en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es la norma la que en el caso excepcional se aniquila...” (p. 18); pero se trata solamente de la norma positiva como producto del legislador imperfecto, que también es representante del pueblo, ya que el autor no refiere nada sobre el derecho natural que sustenta la autoconservación concreta y directa del pueblo. Continúa diciendo que “... el caso excepcional sigue siendo accesible al conocimiento jurídico, porque ambos elementos –la norma y la decisión– permanecen dentro del marco de lo jurídico” (p. 18); pero esto también depende de la gravedad del caso, ya que en un caso anormal (o excepcional) incluido en la norma, la decisión del legislador (como representante del pueblo) se puede considerar dentro del marco jurídico,⁷ pero un caso que por su gravedad o especificidad no sea (o no haya podido ser) incluido en el catálogo de *casos anormales*,⁸ entonces estaríamos ante el caso en el que la decisión (de ese legislador) estaría fuera del marco jurídico y prevalece el elemento autónomo de la decisión que pertenece exclusiva y directamente al pueblo, no a sus representantes, ya que el pueblo es quien posee original y esencialmente la soberanía. A la pregunta de qué es lo excepcional, el autor contestó diciendo que

Lo excepcional es lo que no se puede subsumir; escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico, la decisión. El caso excepcional, en su configuración absoluta, se impone la necesidad de crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos. Toda norma general requiere que las relaciones vitales a las cuales ha de ser aplicada efectivamente y que han de quedar sometidas a su regulación normativa, tengan configuración normal... (p. 18)

⁷ Algo así como una normalidad de casos anormales.

⁸ Es decir, casos realmente anormales por no estar dentro de la normalidad.

Lo anterior significa que el requisito para la aplicación de la norma es una situación normal, lo cual es parte de su validez inmanente. Lo contrario, es decir, una situación anormal, requiere una decisión excepcional, ya que no existe el supuesto jurídico, es decir, aquello que no está previsto en la norma jurídica cuya estructura deóntica sería una hipótesis de cuya realización depende la consecuencia establecida en la propia norma, en virtud de que no hay norma aplicable y, por tanto, no es posible subsumir:

La norma exige un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es un simple ‘supuesto externo’ que el jurista pueda ignorar; antes bien, es parte de su validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Es menester que el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido. Es necesario de todo punto implantar una situación normal, y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal... (p. 18)

La *normalidad fáctica* se corresponde con la *normalidad de la norma* y, consecuentemente, con su validez inmanente, de lo contrario, el orden jurídico pierde sentido en un medio en el que no hay aplicabilidad de la norma por estar inmerso solamente en situaciones anormales o caóticas. La pregunta siguiente sería: ¿quién está habilitado o capacitado para determinar cuándo una situación se debe considerar como normal y cuándo como anormal, con la finalidad de poder aplicar la norma o no? Aquí es donde entra el *soberano*, ente que toma una decisión sobre el carácter normal o anormal de la situación, la cual es una decisión crucial. Por eso, el soberano posee el monopolio de la última decisión:

El derecho es siempre ‘derecho de una situación’. El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad. Él asume el monopolio de la última decisión. En lo cual estriba precisamente la esencia de la soberanía del Estado, que más que monopolio de la coacción o del mando, hay que definirla jurídicamente como el monopolio de la decisión... (p. 18)

No se trata, dijo el autor, de *coacción* o *mando*, sino de *decisión*, es decir, del origen de ese mando o de esa coacción, ya que esto último surge en una etapa posterior a esa decisión y se constituye en un instrumento de la misma. En este punto se encuentra inmersa la discusión teórica sobre el detentador de la soberanía, considerada, desde luego, como un fenómeno aplicable, concreto y tangible de una realidad social, es decir, se plantea la disyuntiva soberano-gobierno contra soberano-pueblo. Para efectos de este artículo será considerado de esa última manera.

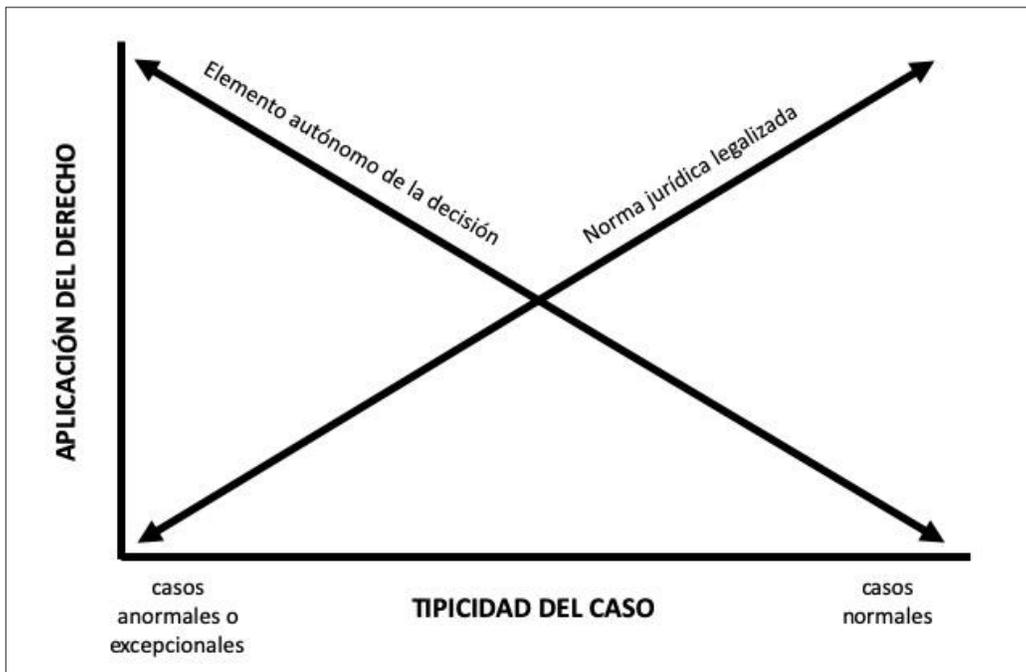
La esencia de la autoridad del Estado, según el autor, surge cuando ante un caso excepcional se toma una decisión para resolverlo, ya que en ese caso el ente que toma la decisión se separa de la norma jurídica y se erige en una autoridad decisora cuya característica principal es que no requiere tener derecho (positivizado) para crear derecho (*de facto*) (p. 18). Por ello, la esencia de la autoridad radica en la posibilidad que tiene de tomar esa decisión con independencia de lo establecido en la norma jurídica y, desde luego, con el requisito consistente en que la norma jurídica no es-

tablezca la solución al caso de la vida real que se presenta (y que se clasifica como una *excepción* precisamente por esa falta de supuesto jurídico positivizado que lo regule). Puede ocurrir que el Estado intente regular esos casos excepcionales, lo que en palabras del autor es un intento de que el derecho se suspenda *a sí mismo*: “La tendencia del Estado de derecho a regular lo más a fondo posible el estado de excepción no entraña sino el intento de circunscribir con precisión los casos en que el derecho ‘se’ suspende ‘a sí mismo’...” (p. 19); pero el autor se cuestionó acerca del fundamento lógico para que el derecho pueda suspenderse a sí mismo, ya que una norma no podría tener validez en los casos concretos que ella misma no prevé, es decir, “¿De dónde toma el derecho esa fuerza y cómo es posible lógicamente que una norma tenga validez excepto en un caso concreto que ella misma no puede prever de hecho?” (p. 19). Para lo anterior se debe tener presente que no siempre es posible ni factible que el derecho se suspenda a sí mismo, ya que dependemos de la racional prevención que el legislador pueda tener al momento de crear la norma jurídica.

Ahora bien, con independencia de que haya validez o no de la norma jurídica que prevea o no los casos excepcionales (o que pueda preverlos de hecho), lo cierto es que en la vida cotidiana ocurren con frecuencia y, por lo mismo, es y ha sido necesario resolverlos. No es posible ignorarlos ni omitir una solución excepcional que derive de la decisión soberana del ente que posee el poder de emitirla. Lo anterior significa que ante los casos excepcionales o extremos es posible (y hasta necesario) que el ente soberano intervenga para darles una solución basada en la decisión tomada en cada caso concreto.

Ante un caso excepcional, el Estado suspende el derecho por virtud del derecho a la propia conservación. Los dos elementos (la norma y la decisión) que integran el concepto del orden jurídico se enfrentan uno con otro y ponen de manifiesto su independencia conceptual. En la gráfica 1 se puede ver cómo el elemento autónomo de la decisión se comporta dependiendo de la aplicación del derecho frente a la tipicidad del caso, donde los casos normales son resueltos por la norma jurídica legislada reduciendo la autonomía de la decisión, mientras que los casos anormales o excepcionales prescinden la solución de esa norma para dar paso a una mayor autonomía en la decisión.

Las normas jurídicas legisladas tienen, entre otras, la función de prohibir, permitir u obligar respecto a la conducta de las personas; esto con la finalidad de que se puedan evitar conductas que potencialmente pueden ser dañinas para ellas mismas o, en general, para la sociedad. Así, el legislador se esfuerza por elaborar leyes que cumplan con esos objetivos, pero no puede (nunca podrá) prever todas las situaciones o circunstancias en las que el ser humano podría potencialmente estar involucrado, de tal manera que aquellas situaciones que no es posible prever quedan fuera de la regulación positiva (no pueden alcanzar la categoría de norma jurídica legislada), pero cuando surgen (o cuando surjan) se deben afrontar de alguna manera. He aquí el motivo por el que aparece la *excepción*, y es en este momento en el que aparece el concepto de *soberano*, de acuerdo con Schmitt, para solucionar esa situación excepcional, concepto estrechamente vinculado con el de democracia y con gran parte de los instrumentos que ella implica.



Fuente: elaboración propia con base en la teoría del Carl Schmitt.

GRÁFICA 1. EL ELEMENTO AUTÓNOMO DE LA DECISIÓN EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL DERECHO FRENTE A LA TIPICIDAD DEL CASO

4. LA DEMOCRACIA Y SUS INSTRUMENTOS

La democracia es una forma de gobierno que tiene su fundamento en diversos principios (como la libertad y la igualdad) y cuyo principal efecto es la toma de decisiones públicas en un Estado, para lo cual hace uso de un instrumento llamado *principio de mayoría*, mismo que permite que un grupo numeroso de personas tomen una decisión que, cuando se ha realizado en cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales, se considera como vinculatoria para toda la población del referido Estado. De acuerdo con la Real Academia Española, *instrumento* es “Cosa o persona de que alguien se sirve para hacer algo o conseguir un fin”, de tal manera que, como forma de gobierno, cuenta (y debe contar) con diversos instrumentos que la ayudan a cumplir sus objetivos: la conformación del gobierno, la concretización de la voluntad popular y la mencionada toma de decisiones, entre otros; esta última está ligada con el concepto de *soberanía*, ya que se trata de un poder público que reside principalmente en la población de un Estado y que, también por el cumplimiento y satisfacción de ciertos requisitos jurídicos, es trasladado para su ejercicio temporal y por medio de la representación a otras personas que ocupan un cargo público de elección popular. Así, la soberanía es uno de los instrumentos de la democracia porque es mediante su ejercicio que los integrantes de la población (como elemento estatal) toman las decisiones públicas.

También la finalidad de esos instrumentos se puede considerar a su vez como otros instrumentos, ya que se sirven de ellos para el cumplimiento de sus propios objetivos, es decir, se trata de diversos fines que se van acumulando de manera sucesiva inmediatamente después del otro, por lo que en realidad se trata de grandes fines compuestos o ayudados por otros más concretos o derivados, que a su vez lo son por otros de mucho menor jerarquía, pero que cumplen con esa función de ayudar a alcanzar los objetivos previos de mayor rango de aplicación. Así, se debe tener en cuenta que otro de los instrumentos de la democracia es la *norma jurídica*, ya que sobre ella está cimentada la estructura orgánica del Estado, así como su funcionamiento, y gracias a ella se puede lograr el objetivo de conformarla; pero no solamente eso, en ella se encuentran también los derechos (como prerrogativas) y los deberes (como cargas, pudiendo ser obligaciones o incluso prohibiciones). Congruente con el anterior tenemos otro instrumento que le sucede y que, de manera indirecta (como ya se dijo), es otro instrumento de la democracia, se trata de la *justicia*, ya que no se puede ser democrático sin que esté involucrado tal concepto. Lo contrario implicaría una situación o un estado en el que no es posible practicar los principios y valores de la democracia, por ejemplo, el de la igualdad y la libertad, ya que sin la justicia no se podría aspirar a ninguna de las dos.

Los instrumentos democráticos pueden estar contenidos en dos entes: 1. En el Estado, como un ente gubernamental que incluye los elementos de población, territorio y gobierno, y 2. En la población como elemento de ese Estado, ya que es el componente humano el que obviamente puede hacer uso de su racionalidad para tomar decisiones. En cuanto al ente estatal en el que están contenidos algunos instrumentos democráticos, debemos considerar que además del concepto de *excepción* existe el de *suspensión*, o también conocida como restricción de derechos, e implica “que los estados deben contar con mecanismos especiales para la adopción de medidas urgentes en situaciones de crisis” (Salazar, 2013, p. 231). El concepto de *poderes extraordinarios*, utilizados ante circunstancias de carácter *excepcional*, implica una parálisis en la vigencia de la norma jurídica con la paradójica finalidad de *salvaguardar* al derecho en general o determinados derechos en particular. Lo anterior ha sido motivo de controversias por la similitud que esta figura tiene respecto a la deformación autoritaria del ejercicio del poder en detrimento de los presupuestos del constitucionalismo democrático (Salazar, 2013, p. 232). Respecto a la legítima defensa⁹ en materia penal y su comparación con el estado de excepción, Salazar (p. 232) dice que no es exacta, en virtud de que la legítima defensa se produce en situaciones de igualdad entre las partes, mientras que en el estado de excepción se modifican las reglas de una relación desigual entre las partes, es decir, entre Estado y ciudadanos, pero

⁹ Salazar alude al texto Comentario al artículo 29 constitucional (Fix-Fierro, 2004, pp. 498-508), en el que compara al estado de excepción con la legítima defensa.

... en ambos supuestos debe regir un principio de proporcionalidad que otorgue racionalidad a la aplicación de la medida excepcional. Esta exigencia tiene enorme relevancia cuando lo que está en juego es la suspensión o restricción –aunque sea temporal– de los derechos humanos o fundamentales de las personas. (p. 232)

El otro elemento del Estado, el gobierno, tiene una relación directa con la soberanía, ya que significa *poder* e implica todo lo que tiene relación con su ejercicio, ya sea directo o delegado en un medio estatal de representatividad, que a su vez también es otro de los instrumentos de la democracia. Ese *poder* tiene su punto de partida en la Constitución, misma que contiene los postulados mínimos para la organización del Estado y para los derechos fundamentales de las personas (ente *población*) y, en una postura tradicional de carácter iuspositivista, se sostiene que la Constitución y su normatividad se deben aplicar siempre bajo cualquier circunstancia, máxime considerando su carácter *supremo*. Sin embargo, “Schmitt pensaba que el Estado de excepción podía ser el medio más eficaz para salvaguardar la Constitución ‘positiva y sustancial’ del Estado, aunque ello implicara ignorar ciertas prescripciones formales’ o ‘legales’ de rango constitucional...” (Salazar, 2013, p. 233), lo que significa que el *estado de excepción* es un instrumento de la democracia que está contenido en el ente estatal. Sin embargo, hay que tener presente que el fin último y superior es la salvaguarda de la democracia y de sus instituciones, por lo que el ejercicio y la aplicación estatal de las medidas excepcionales deben estar debida y objetivamente justificadas en torno de una finalidad eminentemente democrática, tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos [CorteIDH] (1987a):

La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática (...) La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona... (párrafo 20)

También ese organismo internacional se ha pronunciado en el sentido de que la suspensión de garantías en un contexto de *estado de excepción* no se refiere a suspender de manera absoluta y directa esas garantías y derechos, sino que solamente se trata de la suspensión de su pleno y efectivo ejercicio, lo anterior, desde luego, con el cumplimiento de los requisitos mencionados:

...no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto, ni de la ‘suspensión de derechos’, ya que siendo éstos consustanciales a la persona, lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio... (CorteIDH, 1987a, párrafo 18)

La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos (...). (CorteIDH, 1987a, párrafo 24)

De lo anterior se desprende que la suspensión implica solamente dejar de ejercer ciertos derechos y que solamente puede tener aplicación dicha suspensión cuando las condiciones son acordes con el régimen democrático, lo que implica que la democracia, así como sus principios y valores, debe seguirse privilegiando a pesar de la suspensión que se haya establecido. En efecto, el régimen democrático debe estar privilegiado aun cuando se aplique algún sistema de suspensión de derechos:

... deben considerarse como garantías judiciales indispensables (...) el habeas corpus (...), el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (...) aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (...) idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos... (CorteIDH, 1987b, párrafos 1 y 2 de los puntos resolutivos)

Ahora bien, así como el *estado de excepción* es un instrumento de la democracia que está contenido en el ente estatal, es inevitable otra variante de ese *estado de excepción*, que es aquella que alude a solamente la *excepción* y que corresponde de manera lisa y llana al pueblo como el otro ente en el que están contenidos los instrumentos democráticos. Así, respecto al componente humano que constituye el ente población como elemento de ese Estado, debemos considerar que si el concepto de *excepción* está inmerso en el de *decisión*,¹⁰ a pesar de que se opone a la norma (tal como lo postuló Schmitt), entonces también la *decisión* es un instrumento de la democracia, y considerando que la decisión es una de las consecuencias (tal vez la más relevante) del ejercicio de la soberanía,¹¹ entonces la *soberanía* es otro instrumento de la democracia, ya que representa el poder decisor del pueblo. Por tanto, indirecta pero claramente también la *excepción* es un instrumento de la democracia.

Una condición indispensable para que se pueda considerar al *estado de excepción* y, más específicamente, a la *excepción* como un instrumento de la democracia es la racionalidad a través del sentido común, ya que, de acuerdo con Hart (1989, pp. 88-94), uno de los criterios que se deben considerar para que sea castigado o no el incumplimiento de la norma jurídica positiva es que prevalezca la racionalidad a través del sentido común, apelando a la justicia no jurisdiccional. Así, por ejemplo, la autoridad que no forma parte del poder jurisdiccional hace uso del sentido común y de su discrecionalidad al considerar las circunstancias específicas del caso e imparte justicia cuando toma una decisión consistente en la no iniciación de un proceso contra quien no cumplió la ley positiva (Rawls, 2011, p 173), pero no se agota ahí la gama de posibilidades en las que esa *autoridad* no jurisdiccional podría intervenir, ya que se podría equiparar a esa *autoridad* con el ente que posee la soberanía en un Estado, es decir, el pueblo, en quien reside original y esencialmente la soberanía, misma que se

¹⁰ En virtud de que, como quedó establecido, la norma funge como el punto de partida para la excepción, ya que no es posible decidir una excepción sin antes tener presente y saber el contenido de lo normal.

¹¹ Es decir, que la soberanía le ayuda a la democracia a cumplir con esa finalidad consistente en tomar decisiones de carácter público.

traduce en un poder de decisión, por lo que las excepciones podrían (en un momento y circunstancias específicos) ser aplicadas con fundamento en la decisión adoptada por ese ente poblacional.

Hart (1989, pp. 42-45) dijo que la determinación (que en Schmitt sería *decisión*) de no sancionar (o, lo que es lo mismo, de aplicar una excepción a lo establecido por la norma jurídica legalizada) se debe justificar por cualquiera o varias de las siguientes tres razones: 1) la urgencia del caso, 2) la protección de un bien jurídico de mayor valor, como la vida, la salud, la libertad, etc., y 3) la imposibilidad de reparar el bien o de restablecer el daño. Consecuentemente, se debe dar preferencia al bien jurídico que se tutela sobre el vacío de la norma jurídica positiva o sobre su injusticia. Se pone en contraste la teleología estatal de satisfacer las necesidades de los ciudadanos y de procurar su adecuada convivencia (y, en última instancia, su felicidad) con la deontología normativa e, incluso, con la moral de la justicia.

5. EL CONCEPTO DE EXCEPCIÓN SCHMITTIANO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO

Carl Schmitt tuvo una particular visión acerca de la *excepción* y, más concretamente, de lo que él llamó *estado de excepción*, mismo que, por sus características peculiares, puede ser considerado como uno de los instrumentos indispensables para la democracia y su funcionamiento al interior de un Estado. Dice que “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción” (p. 13), y con esto puso de relieve que el concepto de soberanía encuentra su justa definición en ese enunciado solamente cuando se trata de un concepto límite de la soberanía, es decir, se trata de un *concepto de la esfera más extrema*, por lo que su definición no puede conectarse al caso normal, sino al caso límite. El *estado de excepción* es el elemento indispensable para la definición jurídica de *soberanía*, ya que la decisión sobre la excepción es una decisión en un sentido eminente (p. 13). Si consideramos lo postulado por Carl Schmitt respecto a que el *estado de excepción* es lo opuesto a la situación normal, entonces podríamos postular una especie de *estado de normalidad*, y tendríamos que concluir que la *excepción* (en una concepción pura del término) difiere de lo *normal*, pero esa diferencia entre ambos conceptos no provoca la exclusión significativa de cada uno de ellos, antes bien, se tiene una interdependencia respecto a su contenido conceptual que los hace someterse uno del otro.

Ante la existencia de casos excepcionales (los cuales eluden el contenido de la norma jurídica legalizada), en los que no tiene ni puede tener injerencia el Estado por medio de sus órganos o de sus poderes divididos y en virtud de que la propia norma jurídica legalizada se lo impide, surge la cuestión acerca de ¿quién es, entonces, el sujeto de la soberanía? Y la respuesta es: el ente poblacional, el que posee original y esencialmente el poder público decisorio. El otro cuestionamiento que es consecuente con el anterior versa específicamente sobre el parámetro que se debe aplicar para determinar cuándo un caso es de necesidad y, por tanto, cuándo se le debe considerar como excepcional; esto está directamente relacionado con la competencia, la cual es inexistente al menos desde el punto de

vista iuspositivo, ya que tratándose de la imposibilidad de tener una solución a un caso determinado (por no existir en la norma jurídica legalizada), la consecuente imposibilidad o, incluso, impracticabilidad de una tentativa de competencia, se convierte en un vacío legal y en una especie de *excepción* competencial. También, por razones similares a las anteriores, cualquier norma tentativa de carácter adjetivo corre la misma suerte. Por tanto, la competencia y el correspondiente procedimiento con su contenido y sus diferentes supuestos son de carácter ilimitado:

Ni se puede señalar con claridad cuándo un caso es de necesidad, ni cabe tampoco prevenir rigurosamente lo que en tal sazón conviene si el caso de necesidad es realmente extremo y se aspira a dominar la situación. El supuesto y el contenido de la competencia son entonces necesariamente ilimitados. No se trata, por consiguiente, de una competencia en el sentido que el término tiene dentro del sistema para el Estado de derecho. La Constitución puede, a lo sumo, señalar quién está autorizado a actuar en tal caso... (Schmitt, 2009, p. 14)

En estos casos, es decir, en casos excepcionales en los que no existe supuesto jurídico, ni competencia, ni procedimiento, la decisión derivada de la soberanía la tiene el pueblo, ya que

Si la actuación no está sometida a control alguno ni dividida entre diferentes poderes que se limitan y equilibran recíprocamente, como ocurre en la práctica del Estado de derecho, al punto se ve quién es el soberano. Él decide si el caso propuesto es o no de necesidad y qué debe suceder para dominar la situación... (Schmitt, 2009, p. 14)

Lo anterior responde a otra pregunta crucial para la decisión en la aplicación de soluciones en casos excepcionales, tal cuestionamiento alude (más allá de la laguna legal que es producto del legislador imperfecto) a la laguna competencial y procedimental:

¿quién asume la competencia en un caso para el cual no se ha previsto competencia alguna? (...) quién dispone de las facultades no regladas constitucionalmente, es decir, quién es competente cuando el orden jurídico no resuelve el problema de la competencia... (Schmitt, 2009, p. 16)

La norma jurídica es una decisión realizada al seno de los representantes del pueblo, es decir, de los legisladores; tal decisión versa sobre situaciones o circunstancias que afectan la vida de los ciudadanos y también el funcionamiento del gobierno, y tal decisión fue tomada en un lugar y tiempo determinados, que generalmente es el recinto del legislador o del constituyente y en un tiempo pasado, cuando fue creada la norma. Pero también la excepción constituye una decisión, ya que ante la duda que produce un caso que se aparta de la regla o de la condición general establecida por la norma jurídica legalizada, es necesario tomar una determinación que resuelva tal situación dudosa.

Carl Schmitt elaboró su concepto de *estado de excepción* en torno del concepto de soberano que, según él, es quien puede decidir sobre la excepción. Esto en realidad ocurre sobre la base de la

normatividad, ya que la norma no puede establecer el momento en el que la excepción puede aparecer (la ley no puede prever las situaciones anormales, de lo contrario serían situaciones completamente normales o normadas), por tanto, es función del soberano tomar la decisión acerca de lo que es una situación tanto normal como anormal:

...pero la soberanía, y con ello el Estado mismo, consiste en decidir la contienda, o sea, en determinar con carácter definitivo qué son el orden y la seguridad pública, cuándo se han violado, etc. (...) porque todo orden descansa sobre una decisión, y también el concepto del orden jurídico (..) como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma. (Schmitt, 2009, p. 16)

Por eso, el monopolio que conlleva la autonomía de la decisión (y que pertenece al soberano, es decir, al pueblo), en situaciones excepcionales, se aleja de los supuestos previstos por la norma jurídica, ya que solamente contempla los previstos; en cuanto a los no previstos (que naturalmente no se contemplan), caen en el terreno de la excepción y, por consecuencia, generan autonomía para la decisión que se deba tomar en su solución, y en este aspecto el soberano es ilimitado.

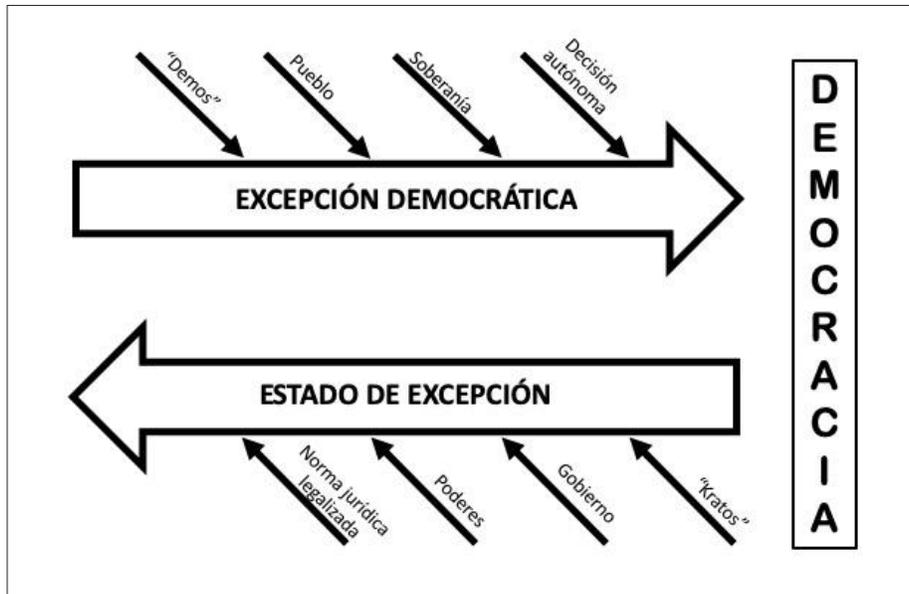
El *estado de excepción*, como ya se mencionó, es un instrumento de la democracia contenido en el ente estatal, mientras que el de *excepción* es otro de los instrumentos inmerso en el ente poblacional. Ambos, Estado y pueblo, participan de una especie de simbiosis cuya finalidad es hacer funcionar al Estado y lograr que la población alcance sus objetivos sociales; pero de esa dualidad y de esa doble posibilidad de resolver los problemas sociales con base en esos dos instrumentos, el más importante es el que surge del pueblo, ya que las personas que lo conforman son los primeros que deben ser protegidos en sus derechos:

...el Estado constituye un bien extranormativo que amerita protección incluso cuando ello suponga ignorar algunos de los límites sustantivos y formales que las normas constitucionales imponen al poder político. Dentro de estos límites se cuentan en primerísimo lugar, los derechos de las personas... (Salazar, 2013, p. 233)

Si el *estado de excepción* es un fenómeno jurídico-estatal que tiene como finalidad la salvaguarda del Estado y todo lo que ello implica, con mayor razón se debe considerar la *excepción* como un medio para que el verdadero soberano, es decir, el pueblo, realice una labor por demás importante: tomar una decisión de manera autónoma para adoptar una solución a un caso atípico o anormal derivado de un fenómeno excepcional; con esto además se evita el daño colateral de conflictuarse con las instituciones democrático-constitucionales,¹² ya que la democracia surge precisamente en la actividad

¹² En efecto, el estado de excepción puede provocar daños colaterales al sistema democrático, que son aquellos que se deben evitar, tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987a, párrafo 20) ha sustentado. Por ello, “...el ‘estado de excepción’ emerge como un instrumento excepcional para salvar al Estado a pesar de

política y social del pueblo, por lo que estaríamos ante una *excepción democrática*. En la gráfica 2 se puede visualizar la forma en la que opera la *excepción* como instrumento de la democracia, convirtiéndose en esa *excepción democrática* sustentada por la decisión autónoma (a su vez derivada de la soberanía del pueblo), lo cual se acerca a los postulados y principios de la democracia, mientras que el *estado de excepción* se sustenta en la norma jurídica legalizada (a su vez derivada de los poderes gubernamentales), lo cual se aleja de los postulados y principios democráticos.



Fuente: elaboración propia.

GRÁFICA 2. LA “EXCEPCIÓN” COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA SE APROXIMA A LA DEMOCRACIA, MIENTRAS QUE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN SE ALEJA DE ELLA

La excepción surge solamente cuando el orden existente es alterado y esa alteración no está prevista en la legislación o en el derecho. Es imposible que todos los casos puedan ser regulados por la ley, ya que sería materialmente imposible¹³ que la ley pudiera prever todas las situaciones que potencialmente puedan ocurrir en la sociedad y que pudieran ser dañinas o lesivas. El caso extremo surge cuando sí existe normatividad jurídica que prevea el caso, pero no hay intervención alguna de parte de las autoridades que deban aplicarla (ya sea por imposibilidad o por deficiencia), lo cual lleva a pensar que la *excepción* es provocada por la actuación del ente estatal y que debe

la Constitución, y lo hace en clave potencialmente autoritaria. En esa medida, como puede suponerse, tiende a entrar en conflicto con las instituciones y principios del constitucionalismo democrático” (Salazar, 2013, p. 233).

ser resuelta siempre por el ente soberano (pueblo). Así, todas las excepciones, incluidas aquellas que son producto de la deficiencia en la actuación de las instancias gubernamentales, aún con la existencia de hipótesis jurídica, deben ser resueltas por el pueblo, constituyéndose el concepto schmittiano de *excepción* en un instrumento de la democracia.

6. CONCLUSIÓN

El *estado de excepción* es una categoría epistemológica, conceptual y terminológica sospechosa que incide tanto en el concepto de *Estado constitucional* como en el de *democracia*. Hay casos en los que aplicar y obedecer la norma jurídica positiva lleva al extremo de causar un mayor perjuicio que aquel que se deriva del problema que se quiere resolver, por lo que se hace necesario actuar de manera excepcional, desapegándose de lo establecido en la norma positivizada para evitar ese mal mayor que potencialmente puede ocurrir si se pretende apegar a la norma. Resulta urgente revisar y cuestionar si el estado de excepción (como una medida extraordinaria en un contexto de constitucionalidad y legalidad) coadyuva al sistema de principios y valores democráticos o, por el contrario, los deteriora. El ente soberano, es decir, el pueblo, es el que está legítimamente autorizado a tomar decisiones de carácter público, lo cual le permite determinar cuándo un caso es excepcional y cuándo es normal y también adoptar soluciones en caso de ser una excepción. Lo anterior significa que el pueblo goza de autonomía en la decisión proporcionalmente a la tipicidad del caso, es decir, dependiendo de su normalidad, o anormalidad. Entretanto, la norma jurídica legalizada también aumenta o disminuye con esa tipicidad, dependiendo también de la normalidad, o anormalidad, pero en sentido inverso a como lo hace el elemento autónomo de la decisión, de tal manera que a mayor anormalidad mayor autonomía en la decisión soberana y menor aplicación de la norma jurídica legalizada, y a mayor normalidad menor autonomía en la decisión soberana y mayor aplicación de la norma jurídica legalizada. A pesar de que el concepto de *excepción* que se analiza en este trabajo derivó del constructo teórico de Carl Schmitt en su obra *Teología Política*, no se debe ignorar que también podría tratarse de un constructo histórico-pragmático como producto de la histórica búsqueda de estabilidad de los Estados en los cuales se ha aplicado, lo cual constituye un punto de partida para otra investigación. No obstante, el referido concepto de “excepción” bien podría ser un instrumento para el adecuado ejercicio democrático en un Estado, por lo que, más que un *estado de excepción* se trata de una *excepción democrática*, ya que la *decisión* y la *soberanía* son dos elementos indispensables para la democracia, por lo que la *excepción* y todo lo que ello implica es también un instrumento de la democracia.

REFERENCIAS

- Agamben, G. (1995). *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita* Editorial Torino.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CorteIDH] (1987a). *El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CorteIDH] (1987b). *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre, serie A, no. 9).
- Fix-Fierro, H. (2004). *Comentario al artículo 29 constitucional*. En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada* (t. I). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Porrúa.
- García Máynez, E. (2001). *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa.
- Gény, F. (1919). *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (vol.). I, University of Michigan Library.
- Hart, H. L. A. (1989). *El concepto del derecho*. Abeledo-Perrot.
- Rawls, J. (2011). *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica.
- Salazar Ugarte, P. (2013). *Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer.
- Schmitt, C. (2009). *Teología Política*. Trotta.

**El embrión humano fecundado
in vivo vs. el embrión humano
fecundado *in vitro*: un análisis de
los derechos, de estas dos formas
de concepción de vida, en el
derecho comparado y Colombia**

*The human embryo fertilized in vivo vs. the
human embryo fertilized in vitro: An analysis
of the rights, of these two forms of conception
of life, in comparative law and Colombia*

ELÍAS BERMEO ANTURY

Doctor en Filosofía y ciencias del lenguaje
Profesor titular de la Escuelas de Administración Pública (ESAP) y
docente invitado Universidad Surcolombiana, facultad de derecho.
eliasbermeo@gmail.com

JOSÉ EDUARDO CORREDOR TORRES

Docente universitario Universidad del Tolima, ESAP, UBJ
jose.corredort@esap.edu.co

Resumen

Analizar los derechos reconocidos al embrión humano en los diferentes países, implica profundizar en la reglamentación vigente en materia del aborto y la fecundación in vitro. Dos prácticas que sacan a la luz el debate sobre el estatuto jurídico del embrión humano, y que su legalidad o ilegalidad reflejan una comprensión antropológica patente en las leyes de cada país.

Lo paradójico que hemos escudriñado en este texto es que los países que han legalizado el aborto han construido una serie de regulaciones sobre la manipulación de los embriones creados in vitro. Esto nos permite deducir que se proteja el embrión humano concebido in vitro de cualquier manipulación y destrucción expresa porque la legislación no lo reconoce como una cosa u objeto, sino como un sujeto de derecho; todo lo contrario a lo que pasa con los embriones fecundados in vivo ante las leyes que dan viabilidad al aborto.

Ante este panorama legal surge el interrogante: ¿por qué el embrión fecundado in vitro posee más garantías de protección que un embrión humano fecundado in vivo? ¿Cuáles son los argumentos legales, antropológicos y axiológicos para establecer las diferencias ontológicas entre un embrión fecundado in vitro y uno in vivo? Son estos interrogantes la ruta en el camino de esta investigación, que no solo se ha centrado en conocer la normativa internacional, escogiendo algunos países para centrar la mirada en Colombia, sobre la fecundación in vitro y el aborto, sino que ha buscado hacer un análisis filosófico a los fundamentos que sostiene cada legislación.

PALABRAS CLAVE

Embrión humano, fecundación in vitro, fecundación in vivo, derechos, dignidad del embrión, aborto, derecho comparado, estatuto jurídico del embrión.

Abstract

Analyzing the recognized rights to the human embryo in the different countries implies deepening the regulations in force regarding abortion and in vitro fertilization. Two practices that bring to light the debate on the legal status of the human embryo, and that its legality or illegality, reflect a clear anthropological understanding in the laws of each country.

The paradoxical thing that we have scrutinized in this text is that countries that have legalized abortion have built a series of regulations on the manipulation of embryos created in vitro. This allows us to deduce that the human embryo conceived in vitro is protected from any manipulation and destruction expresses that the legislation does not recognize it as a thing or object, but as a subject of law; everything else to what happens

with embryos fertilized live before the laws that give viability to the voluntary termination of pregnancy.

Faced with this legal picture, the question arises: why does the embryo fertilized in vitro have more guarantees of protection than a human embryo fertilized live? What are the legal, anthropological and axiological arguments to establish the ontological differences between an in vitro fertilized embryo and a live one? These questions are the route in the path of this research, which has not only focused on knowing international and local regulations, on in vitro fertilization and abortion, but has sought to make a philosophical analysis of the fundamentals that each legislation.

KEYWORDS

Human embryo, in vitro fertilization, in vivo fertilization, rights, dignity of the embryo, abortion, comparative law, legal status of the embryo.

1. INTRODUCCIÓN

Para estudiar el estatus jurídico del embrión humano se ha seleccionado la normatividad expedida por algunos países que han reglamentado la fecundación *in vitro* y el aborto, porque no existe un instrumento jurídico internacional que proteja el embrión humano en cualquier circunstancia, que oriente su trato o manipulación. Por ende, se ha seleccionado la legislación de Inglaterra, Alemania, Francia y Colombia para aproximarnos a un estudio comparado sobre esta situación jurídica y científica con la finalidad de realizar una lectura interdisciplinaria para comprender la fundamentación antropológica y axiológica que sostienen las distintas normas.

Este tema no es una cuestión superficial, porque lo que está en juego es la vida humana en su primera forma de manifestación existencial: el estado embrionario; lo que, en términos biológicos y filosóficos, marca el punto del inicio entre el ser y el no ser, tema que se irá desarrollando a lo largo de este texto.

Que algunos países hayan expedido normas para regular y reglamentar la investigación, la manipulación y la destrucción de embriones humanos fecundados *in vitro*, saca a la luz el reconocimiento del embrión humano como un sujeto (individuo humano) a quien se le deben garantizar sus derechos, principalmente el respeto a la vida. Sin embargo, paradójicamente en estos mismos países que regulan la utilización de embriones humanos creados mediante técnicas de fecundación *in vitro* han aprobado leyes laxas para realizar la interrupción voluntaria del embarazo durante periodos de gestaciones entre las 12 y 24 semanas.

Que se proteja al embrión humano concebido *in vitro* de cualquier manipulación y destrucción expresa que la legislación no lo reconoce como una cosa u objeto, sino como un sujeto de derecho; todo lo contrario a lo que pasa con los embriones fecundados *in vivo* ante las leyes que dan viabilidad a la interrupción voluntario del embarazo.

Ahora bien, ante este panorama legal surge el interrogante: ¿por qué el embrión fecundado *in vitro* posee más garantías de protección que un embrión humano fecundado *in vivo*? ¿Cuáles son los argumentos legales, antropológicos y axiológicos para establecer las diferencias ontológicas entre un embrión fecundado *in vitro* y uno *in vivo*?

Las preguntas anteriores marcan el derrotero por seguir en las siguientes páginas: en primer lugar, se presentan algunas normas expedidas por el derecho internacional que reglamentan la fecundación *in vitro* y el aborto; segundo, se ha seleccionado a Alemania, Francia y Colombia para realizar un estudio comparado; terminando con algunas conclusiones.

Clarificado el panorama anterior, podemos dar un paso más y analizar en qué sector ubicar al embrión humano: una cosa, un ser vivo o una persona. Así se habrá concluido el análisis del estatus

jurídico del embrión humano, porque la idea de que todo ser humano es una persona a los ojos de la ley, es una conquista reciente y constituye el “eje del Derecho civil y del Derecho en general” (Montes, 1995. p, 239). En efecto, la cuestión no se reduce en afirmar la pertenencia a la especie humana para determinar quién es una persona, por lo menos desde el campo del derecho, sino que hace falta definir a partir de cuándo se adquiere la personalidad jurídica, según cada legislación, lo cual en el transcurso de la historia ha tenido diferentes matices y contextos. Sin embargo, el concepto de persona en la reflexión filosófica ha logrado establecer los criterios ontológicos para determinar cuáles son las características inherentes que hacen ser a un individuo humano una persona. Criterios que no dependen de una comprensión contextual ni legal, sino que están vinculados a lo inherente y propio que existe en cada ser humano.

2. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

No existe una legislación unánime a nivel internacional sobre el estatuto jurídico del embrión humano, como se indicó al inicio. Cada país ha construido sus políticas sobre el trato y manejo de los embriones humanos ante la necesidad de orientar los temas de aborto, manipulación de embriones *in vitro*, experimentación con embriones y células madre, clonación, entre otras. Estos dilemas bioéticos surgen por el avance de la ciencia en temas relacionados con la ingeniería molecular y genética, que de nuevo evocan la pregunta sobre el valor del embrión humano: ¿es el embrión humano una persona con los mismos derechos que un niño recién nacido o un adulto con todas sus facultades en uso?

La Carta de las Naciones Unidas (1948) es el primer texto que nos acerca a este problema a investigar, en la cual, se reconoce el derecho a la vida, dignidad y el valor de la persona. Esta declaración nace fruto de una reflexión de la post-guerra. En sus palabras: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Proclama: “Art.1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y consciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En el artículo 3 declara que “todo ciudadano tiene derecho a la vida, a la libertad y seguridad de su persona”, y en el artículo 6 dispone con tono de universalidad: “Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”, luego no es que un Estado o ley lo otorgue; le es propio al ser humano, es decir, que los derechos de la persona son *inherentes*.

Este mismo pensamiento y reflexión es asumido por los instrumentos internacionales de derechos humanos en los diferentes organismos internacionales que permiten confirmar la existencia de valores universales inherentes a la persona humana.

El tema es tan álgido, que la Declaración Internacional sobre los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales no hacen ningún tipo de referencia al embrión humano o el feto en sus cuerpos normativos.

A pesar de que estos instrumentos internacionales reconocen el derecho a la vida, no aclaran si esta se debe respetar y proteger desde la etapa embrionaria o solo se debe respetar la vida humana después del parto. Veámoslo con más detalle, en cada uno de los documentos mencionados:

Declaración sobre los Derechos Humanos	Art. 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos	Art. 6. 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
Convenio de Europeo sobre los Derechos Humanos	Art. 2. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.
Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos	Art. 4. Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente.

Como se puede observar, la normativa internacional no aclara el valor y el cuidado que se le debe dar al embrión humano, sino que deja la puerta abierta para que cada Estado pueda regular sus normas y establecer las directrices jurídicas en esta materia.

Entre los instrumentos internacionales que presentan ambigüedad sobre el trato del embrión humano está la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Que señala que “el niño, en razón de su falta de madurez psíquica e intelectual, necesita una especial seguridad y cuidado, incluyendo una protección jurídica adecuada, tanto antes como a continuación de su nacimiento”. Este texto indirectamente hace referencia al niño no nacido, en lo que se puede incluir todo el proceso del desarrollo embrionario hasta el momento del nacimiento.

En 1997 la Unesco presentó su Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en la que afirma: “El Genoma Humano es la base de la unidad fundamental de todos los

miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas". Y fundamentada en la dignidad humana, establece sus lineamientos sobre el trabajo e investigación sobre el Genoma, siempre con fundamento en el respeto a los derechos humanos.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) emitió el 18 de febrero de 2005, por mayoría de 71 países frente a 35, una declaración en la que insta a los gobiernos de los países miembros a tomar medidas para prohibir la manipulación embrionaria y en algunos casos la reproducción asistida.

En el ámbito regional de protección de derechos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4.1 hace una aclaración precisa sobre la protección del embrión humano y el feto: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Sistema europeo de protección de derechos humanos

En el escenario europeo, la Asamblea del Consejo de Europa proclamó el 6 de octubre de 1979 los Derechos del niño no Nacido, en la que estableció: "El niño que va a nacer, debe gozar desde el momento de su concepción, de todos los derechos enunciados en la presente declaración. Todos esos derechos deben ser reconocidos a niños que van a nacer sin ninguna excepción ni discriminación (...)". Declaración que no clarifica el estatus jurídico del embrión humano, sino que deja un vacío normativo.

El Consejo de Europa creó el Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas (CAHBI)¹, que elaboró algunos principios provisionales sobre las técnicas de procreación humana artificial. Entre marzo de 1986 a diciembre de 1988 se publicaron los primeros trabajos bajo la forma de documento informativo, con el título "Procreación Artificial Humana".

Posteriormente, hacia el año de 1990, a petición del secretario general del Consejo Europeo, se le encargó CAHBI de elaborar y redactar un convenio europeo sobre Bioética, que fue aprobado en abril de 1997 y es conocido como el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o "Convenio de Oviedo". El artículo 18 del Convenio admite la experimentación con embriones *in vitro*, siempre que se garantice una protección adecuada del embrión.

Por otro lado, la Asamblea del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 1046 de 1986 sobre seguimiento y control de la reproducción asistida, la cual busca

¹ Fue creada con la finalidad de estudiar el conjunto de problemas planteados por la Ley, la ética y los derechos humanos por el progreso de las ciencias biomédicas, con el fin de orientar en materia de derecho los diferentes dilemas científicos.

Limitar la utilización industrial de los embriones y fetos humanos, sus productos y tejidos que serían destinados a fines terapéuticos en sentido estricto, a prohibir la creación de embriones humanos por fecundación *in vitro* con fines de investigación, sean vivos o muertos, a prohibir, también, las manipulaciones y desviaciones no deseables.

En relación a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, la Recomendación 1046 (1986), describe principalmente a la intervención sobre el embrión, como a las extracciones de sus células, tejidos y órganos.

En 1989 este mismo Consejo aprobó otra recomendación que subraya los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y parte del principio de que el embrión y el feto humanos deben ser tratados con el respeto debido a la dignidad humana; de allí el ordenamiento y reglamentación sobre los fines de los trabajos científicos y terapéuticos con los mismos.

En cuanto a las técnicas de reproducción asistida y la utilización de embriones humanos, la Asamblea del Consejo de Europa profirió dos resoluciones: (i) sobre fecundación artificial y (ii) sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética.

De los anteriores documentos es necesario resaltar lo siguiente en materia del estatuto jurídico del embrión humano: *primero*, se afirma que desde la fecundación del óvulo la vida humana se desarrolla de manera continua. Aquí se les reconoce un valor a los embriones humanos fruto de la fecundación *In vitro*, como lo aclara la Recomendación 1046 (1986), principio 5. Este principio se postuló porque se mantiene la misma identidad genética y biológica (Recomendación 1100 (1989), principio 7. Para lograr este respeto por los embriones humanos, fue necesario fundamentarla en el respeto a la dignidad humana (Recomendación 1046 (1986), principio 5; Recomendación 1100 (1989), principio 4, y en el respeto y los intereses del “hijo”, que se resumen en el derecho a la vida y a la integralidad física, psicológica y existencial (Parlamento Europeo, 2005, Resolución sobre la fecundación *in vivo* o *in vitro*).

Segundo, el embrión humano muerto es considerado como humano. De ahí, que se impida que sea tratado como un objeto de investigación e industrialización con fines comerciales (Parlamento Europeo, 2005, Resolución sobre la fecundación *in vivo* o *in vitro*).

Tercero, para la reimplantación de los embriones humanos se recomienda limitar el número de embriones fecundados, casi estrictamente al número que van a ser reimplantados, evitando la destrucción de los embriones sobrantes, siguiendo las recomendaciones 1046 y 1100, antes citadas. Por ende, si no es posible que todos los embriones sean reimplantados, se permite la crioconservación de los sobrantes para salvar su vida (CAHGE, 2005).

Cuarto, la CAHBI plantea a los Estados la posibilidad para autorizar o no la donación de embriones humanos sobrantes. El postulado muestra la preocupación de que los embriones sobrantes sean

destruidos. Ahora bien, para conseguir realizar la donación de embriones humanos, el CAHBI recomienda algunos principios bioéticos centrales: el consentimiento de la pareja donante y la pareja receptora, anonimato y gratitud.

Quinto, el CAHBI prohíbe el trasplante de los embriones humanos que están en el útero de una mujer a otra mujer.

Sexto, se prohíbe la posibilidad de investigar en embriones humanos. El fundamento que ponen como base las recomendaciones 1046 y 1100 son la dignidad del embrión humano, lo cual, limita la investigación científica en este campo. Ahora bien, se excluye de esta prohibición las investigaciones que tengan finalidad diagnóstica, terapéutica, preventiva y no intervengan en el patrimonio genético o patológico del embrión, con la salvedad de que estos embriones deben ser no viables. Para ello, es necesario que el modelo de investigación haya pasado por el modelo animal y cumpla las normas establecidas por las autoridades sanitarias y competentes.

Séptimo, se aprueba las intervenciones terapéuticas o de diagnóstico sobre el embrión humano, siempre que tengan como finalidad el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su desarrollo, según lo establece la Recomendación 1046 (1986), Anexo A. I. A la vez, los embriones humanos in vitro o in útero que hayan muerto podrán ser utilizados con fines de diagnóstico, una vez justificado el carácter excepcional en la rareza de las enfermedades que han provocado la muerte del embrión.

En un protocolo adicional posterior proclama el Convenio de 1998, en el cual se establece la prohibición sobre la clonación de seres humanos con fines reproductivos. En relación con este tema la OMS habla explícitamente sobre la clonación con fines terapéuticos en el Informe Anual del Director General ante la 51 Asamblea Mundial de la Salud, de 1998, haciendo claridad de que este tipo de procedimiento es diferente de aquel que tiene fines reproductivos, el cual es condenable éticamente. Al respecto deja en manos de los gobiernos la reglamentación legal que se tenga. Esta idea se repite en el Informe Especial del Director General "Cloning in Human Health" de 1999, en el que se señala que la clonación terapéutica puede ser admisible si se hace con garantías éticas y jurídicas

No sobra recordar que las anteriores orientaciones se estructuran con base en los avances científicos en materia de la vida prenatal, que provocan la reflexión sobre los derechos humanos; también es cierto que muchas de estas declaraciones no son vinculantes o simplemente los países no suscriben los acuerdos para legislar sobre los embriones y su manipulación.

Tendencias normativas de regulación del embrión humano

En el plano jurídico se pueden distinguir tres corrientes alrededor del *status jurídico del embrión* según se le reconozca su condición de sujeto de derechos de acuerdo con el momento del desarrollo en que se encuentre (Ballesteros, s.f.).

El *Modelo iberoamericano*, que defiende abiertamente el carácter personal del embrión y, por tanto, lo considera sujeto de derechos. Ya en el pacto de Costa Rica en el artículo 4 se afirma: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (Comisión internacional de derechos humanos, 1969). El carácter personal del humano embrionario encuentra un fundamento fuerte en la afirmación “todo ser humano es persona”, entendida la persona como un semejante, un par de la comunidad político-jurídica.

Esta postura se ha ido flexibilizando con interpretaciones que realizan excepciones en relación con el aborto y las sanciones en casos particulares; este proceso se concreta cuando en 2012 se entabló una demanda al Pacto de Costa Rica. La Corte Interamericana de Derechos Humanos falló declarando a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana. En este pronunciamiento acoge la teoría de la implantación (“concepción”) como principio de la *vida humana*, entonces: “la protección del derecho a la vida con arreglo a esta disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1979)

El *Modelo anglosajón* le niega status de persona al embrión y, por lo tanto, su capacidad para ser sujeto de derechos, lo cosifica en el sentido, que podría ser objeto de intervención y experimentación.

El sistema norteamericano, siendo parte de este modelo, es bastante incierto en la medida que la legislación contiene posiciones encontradas por su forma de ordenamiento legal independiente. Parte de una interpretación de la Enmienda XIV de la Constitución, en la cual garantiza y protege el derecho de vivir de todas las personas según la Suprema Corte², pero a la vez privilegia el derecho de la madre a la intimidad sobre el derecho de vivir, pues no se puede aplicar al *nasciturus* el reconocimiento de persona, asumiendo frente al no acuerdo de la ciencia sobre el principio de *la vida humana* la teoría de la viabilidad (supervivencia de manera autónoma)³. En algún momento el Estado ha prohibido el aborto, salvo cuando se encuentra en peligro la vida de la madre⁴. Un

² Cfr. XIV Amendment, Section 1. “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. Magruder (1994, p. 739).

³ Cfr. 410 U.S. 126/7, *Roe v. Wade*, 22/01/1973, IX-A.

⁴ Cfr. 448 U.S. 297, *Harris v. McRae*, 30/06/1980; 476 U.S. 747, *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 11/06/1985; 492 U.S. 490, *Webster v. Reproductive Health Services*, 03/07/1989; 505 U.S. 833,

modo jurídico interesante es el de la Suprema Corte del Tennessee (1992), que le niega el status de persona al embrión pero no lo cosifica, otorgándole el derecho a un respeto especial debido a su potencialidad.⁵

En relación con los embriones, la reproducción asistida y las investigaciones, en 2001 estableció un marco regulador, según el cual los científicos solo pueden solicitar fondos federales si las células con las que quieren trabajar provienen de embriones congelados. La Cámara de Representantes aprobó en mayo de 2005 el proyecto de ley que elimina las limitaciones impuestas a la inversión pública en investigación con células madre. En el ámbito estatal, Nueva Jersey y Massachusetts han aprobado leyes que permiten el uso para investigación de los embriones crioconservados inutilizados. Por su parte, California aprobó la investigación en células madre embrionarias en referendo del 2 de noviembre de 2004.

En el *Modelo Europeo* en términos generales “no existe una definición legal del concepto embrión, ni siquiera por parte del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina” (Pareja, s.f.s.f.); por ello, se requiere que sean los mismos expertos quienes se pronuncien sobre el tema.

Estos referentes permiten a los países miembros tomar posturas ante el status jurídico del embrión, que es una serie de normas y principios que tutelan al ser humano en su faz embrionaria debido a los problemas de los avances científicos que pueden atentar contra su integralidad, lo cual obliga a preguntar por sus derechos y su tutela jurídica.

De esta manera, se analizará la normativa de Inglaterra, Alemania y Francia, como modelos representativos del estatus jurídico del embrión humano. Dichos países han construido unas orientaciones legales sobre los procesos de fecundación *in vitro* para controlar y orientar el trato adecuado que se le debe dar.

Estatus jurídico del embrión humano en Inglaterra

Desde finales del siglo XIX se empezó a practicar en animales la fertilización *in vitro* y superadas las distintas fases, se inició el tratamiento en humanos. Esto permitió que para en 1978 naciera Luisa Brown, primer bebé resultado de la fecundación *in vitro* en ciclo natural y, posteriormente, en 1984, la primera bebé de un embrión congelado.

Estos avances científicos generaron que la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana expidiera el *Informe Warnock* de 1984, en el que se concluye que el embrión humano

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert Casey, Governor of Pennsylvania, 29/06/1992.

⁵ Cfr. 842 S.W. 2º 588, Supreme Court of Tennessee, Junior Lewis Davis v. Mary Sue Davis, 01/06/1992.

no puede ser considerado en las categorías tradicionales de sujeto u objeto de derechos, y se centra solo en las cuestiones de cómo debe ser tratado.

Para el *Informe Warnock*, existe un valor jurídico diferente entre el embrión humano *in vivo* y el embrión humano *in vitro*: “Si la ley ofrece una medida de protección al embrión humano *in vivo* distinta de la del niño o adulto, está claro que el embrión *in vitro* no puede beneficiarse, en virtud de la legislación vigente en el Reino Unido, del mismo status que un nacido vivo o un adulto”. Por ende, se establecen algunas recomendaciones en las que resalta el status especial del embrión:

Primero: el embrión humano debe recibir algún tipo especial de protección (*Warnock Report*, Rec 42); *segundo*: ningún embrión humano fecundado *in vitro* puede mantenerse vivo más allá de 14 días después de la fecundación, si no es traslado a un cuerpo materno; no se puede utilizar como objeto de la investigación más allá de los 14 días (*Warnock Report*, Rec 12). *Tercero*: para la utilización de los embriones humanos sobrantes debe contarse con el consentimiento de la pareja que aportó los gametos para su creación (*Warnock Report*, Rec 13); *Cuarto*: la investigación con embriones fecundados de manera *in vitro* y el manipularlos deben ser permitidos solo bajo licencias (*Warnock Report*, Rec 11); *quinto*: cualquier uso no autorizado de un embrión *in vitro* constituirá en sí mismo un delito (*Warnock Report*, Rec 43); *sexto*: la investigación en embriones humanos *in vitro* y su manipulación se deben permitir solo bajo licencia (*Warnock Report*, Rec 11).

En este punto es importante recordar que el *Informe Warnock* produjo varios proyectos con orientaciones y directrices diferentes, entre ellos: *Unborn child bill de 1985*. Este proyecto propone la restricción de numerosas prácticas que ponen en peligro al embrión humano; a la vez, orienta que todo embrión humano fecundado de manera *in vitro* debería ser implantado en el útero de su “madre”; y que toda investigación y crioconservación debía ser prohibida.

En noviembre de 1987 el Gobierno británico decidió intervenir sobre el trato al embrión humano publicando el informe *Human fertilisation and embryology*, que se conoció como *White Paper*, en el cual se establecen las bases de una futura legislación en materia sobre manejo del embrión humano.

Estos documentos sirvieron de soporte para que en 1990 Inglaterra expidiera la Ley de Fertilización Humana y Embriología, norma que regula todos los tratamientos de fertilidad que involucren el uso de material genético (como espermatozoides, embriones y óvulos); su almacenamiento, el proceso de investigación sobre los embriones humanos y la creación de una Autoridad de Fertilización Humana y Embriología en el Reino Unido.

La citada norma tiene tres objetivos (Morgan, 1991, p, 27): *i*) crear un marco legal para la investigación sobre embriones humano; *ii*) establecer los permisos para ciertas prácticas de reproducción asistida, principalmente para aquellas que tiene como finalidad la creación de un embrión total o parcialmente fuera del útero materno, la donación de gametos o la donación de embriones, y *iii*) efectuar cambios en la *Abortion Act de 1967*.

El esquema normativo de la Ley de Fertilización Humana y Embriología generó confianza en el uso ético y seguro de la tecnología de reproducción asistida; sin embargo, debido a los avances científicos en la materia, resultó necesario actualizar la norma con los desarrollos que existen y que se pueden presentar en un futuro próximo; por lo que en noviembre de 2008 se aprobó una enmienda de dicha Ley.

Básicamente, la norma de 2008 establece algunos aspectos novedosos relacionados con: (i) la garantía de que todos los embriones están sujetos a la regulación, independientemente del proceso utilizado en su creación; (ii) la regulación de los embriones “mezclados con humanos”, creados a partir de una combinación de material genético humano y animal para la investigación; (iii) la prohibición de la selección sexual de los hijos; en ese sentido, solo se permite la selección del sexo por razones médicas, por ejemplo, para evitar una enfermedad grave que solo afecta a los niños, y (iv) el reconocimiento a las parejas del mismo sexo como padres legales de niños concebidos a través del uso de espermatozoides, óvulos o embriones donados.

La Ley sobre Fertilización Humana y Embriología, expedida en 1990, modificó la Ley del aborto de 1967 en el sentido de establecer límites a las prácticas abortivas de 28 a 24 semanas; salvo cuando se trate de casos que ponen en riesgo la vida de la gestante, lesiones físicas graves o psíquicas de la mujer.

A modo de síntesis, presentamos los principales aspectos de la *Human Fertilisation and Embryology*: *primero* prohíbe mantener al embrión *in vitro* con vida más allá de los catorce días, al igual que el *Informe Warnock*; *segundo*: no se pronuncia si el embrión humano es sujeto de derecho u objeto de derecho. Su finalidad solo es la protección al mismo; *tercero*: el valor del embrión humano *in vitro* varía si está o no implantado; *cuarto*: los embriones *in vitro* no implantados no gozan de protección jurídica, lo cual los hace asimilables a ser considerados como cosas u objetos, y su valor dependerá de una variable de intereses; *quinto*: la vida humana goza de valor y protección de acuerdo con el grado de desarrollo fetal. Se incrementa la protección en la medida que va avanzando el nacimiento de la persona; *sexto*: los embriones *in vitro* pueden ser donados para una pareja que sufre de esterilidad o mujer sola. Para ello, es necesario el consentimiento de los donantes, que puede ser revocable en cualquier momento. Ahora bien, toda donación de embriones humanos debe ser gratuita; *séptimo*: se aprueba la investigación en los embriones humanos. Dicha aprobación debe ser avalada por la autoridad competente. Sin embargo, para ejecutar la investigación en embriones humanos es necesario: que en el embrión humano no exista la línea primitiva, es decir, que no supere los catorce días; que los donantes de los gametos autoricen la investigación; se debe buscar alguna de las siguientes finalidades: a) perfeccionar las técnicas de tratamiento en contra de la esterilidad; b) perfeccionar el tratamiento sobre enfermedades congénitas; c) perfeccionar el conocimiento sobre temas de aborto, y d) desarrollar técnicas de contracepción más efectiva y métodos de detección de enfermedades genéticas antes de la implantación del embrión; *octavo*: se prohíbe implantar un embrión humano en un animal, la clonación y la modificación de la estructura genética del embrión humano.

En efecto, las anteriores prohibiciones que establece la *Human Fertilisation and Embryology* tienen sanciones penales, que comprenden desde suspensiones, multas o privación de la libertad, según sea el caso.

Estatuto jurídico del embrión humano en el derecho de Alemania

En el derecho alemán, la normativa sobre los embriones humanos se puede considerar como precaria, principalmente en lo que respecta a los estudios previos a su anidación. Ahora bien, es importante mencionar que en el derecho alemán se considera como persona titular de derecho solo a quien nace. Sin embargo, en el derecho civil se hacen algunas recomendaciones que dan luces sobre la comprensión del estatuto jurídico del embrión humano en esta legislación.

De acuerdo con el § 1912 del BGB, al hijo concebido y no nacido se le asignará un curador para protección de sus futuros derechos, si fuera necesario; además se puede establecer una promesa de pago al no nacido. Por otra parte, el no nacido puede recibir donaciones, siendo estas aceptadas por sus padres, y puede recibir herencia en caso de que muera alguno de sus progenitores después de su concepción y nazca vivo.

Al respecto, la protección de la integridad física del embrión humano en el derecho civil alemán atiende, en principio, la protección de la vida del nasciturus contra lesiones, como lo explica el numeral § 823 y § 844 II del BGB (Cfr. FamRZ, 1972, p. 202). Allí se reconoce las indemnizaciones a favor del nacido que ha sido disminuido física o psíquicamente por daños causados a la madre, con anterioridad al nacimiento, que hubieran repercutido en el nasciturus. Sin embargo, esta ley no aclara si los daños deben cobijar al nasciturus antes de la anidación.

Ahora bien, en el derecho penal se excluye explícitamente todo proceso sobre el aborto a los ejecutados en el embrión humano antes de la anidación, como lo expresa el artículo 218 del Código Penal. Por su parte, se debe aclarar que el artículo 219a de dicha codificación castiga hasta con dos años de cárcel o multas a los médicos que ofrezcan información sobre la interrupción del embarazo.

Ante este panorama jurídico, surgen dos posturas antagónicas respecto a la protección jurídica del embrión humano en el derecho alemán: por un lado, para quien desee otorgarle titularidad de derechos al nasciturus, se hace necesario recurrir a los conceptos de dignidad humana (Art. 1. I GG) y protección a la vida e integridad (Art. 2. II, 1 GG); para ello, es necesario que el embrión humano sea reconocido como un hombre del cual se predica su dignidad; que hace parte del grupo de los que se menciona como titular del derecho a la vida y a la integridad (Cfr. Hofmann, 1995, p. 45).

En contraposición a lo anterior, algunos interpretan que en la normativa legal de Alemania solo se considera titular de derechos después del nacimiento de la persona (art. 1, BGB), excluyendo la protección jurídica a la vida humana en formación (Cfr. Hofmann, 1995, p. 53). Por último, existe un

pequeño grupo que considera que la protección jurídica del embrión humano surge después de la anidación del embrión humano dentro del útero, por lo cual, antes de este proceso no existe ninguna protección jurídica, como lo manifestó la decisión del Tribunal Constitucional de 25-II-1975, interpretando el artículo 2 II de la Constitución, a tenor del cual “todos tienen derecho a la vida”⁶.

En mayo del 1984 se creó la denominada Comisión Brenda, formada por los ministros federales de investigación y tecnología y de justicia⁷. Esta comisión obtuvo como resultado los insumos para elaborar el anteproyecto de ley para la protección de embriones humanos⁸, en el cual se castigan penalmente los siguientes puntos:

- a. Los daños inferidos al embrión humano
- b. La aplicación abusiva de la fecundación extra corporal
- c. La utilización abusiva de embriones y fetos
- d. La fecundación y transferencia de embriones no consentidas por las personas cuyos gametos estén implicados en la fecundación
- e. La alteración artificial de cigotos humanos
- f. La utilización de gametos artificiales alterados
- g. La clonación
- h. La creación de quimeras o híbridos.

El 13 de diciembre de 1990, se aprobó la Ley 745 de Protección de Embriones (*Embryonenschutzgesetz- ESchG*). Su finalidad es regular las técnicas de fecundación embrionaria *in vitro*, buscando dotar al embrión humano de estatus jurídico. Así, se asegura jurídicamente una protección mínima al embrión humano, principalmente frente a los investigadores, siguiendo los lineamientos establecidos en el anteproyecto.

La Ley de Protección de Embriones castiga con pena privativa de libertad o pecuniaria la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, como por ejemplo, la fecundación de un óvulo humano con un fin distinto a llevar un embarazo a término en la mujer de la cual fue extraído⁹; busca limitar la producción de embriones sobrantes prohibiendo la fecundación de más óvulos de los que

⁶ Cfr. BverfGE 39, 1, NJW, 1975, p. 573.

⁷ Cfr. Publicado con el título “*In vitro fertilization, Genomanalyse und Gentherapie. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für forschung und technologie und des Bundesministers der Justiz*”, serie *Gentechnologie - Chancen und Risiken*, t. VI, Munich, 1985.

⁸ Cfr. *Embryonenschutzgesetz: EschG*, 29-4-1986.

⁹ Cfr. 1. (1). 2. *Embryonenschutzgesetz*.

puedan ser transferidos a una mujer en el curso de un ciclo¹⁰; se prohíbe el comercio de embriones humanos¹¹; se admite la donación de embriones humanos siguiendo el protocolo establecido en la ley; se prohíbe la investigación o experimentación con embriones humanos¹²; se aprueba la intervención en embriones humanos para modificar su cromosoma sexual, solo en caso en que se trate de evitar ciertas patologías graves ligadas al sexo y reconocidas oficialmente, como la miopatía de Duchenne u otra enfermedad hereditaria grave ligada al sexo¹³; se prohíbe la creación de embriones con gametos que hayan sufrido algún tipo de alteración genética¹⁴; se prohíbe la clonación y formación de quimeras e híbridos¹⁵

Estatuto Jurídico sobre el embrión humano en el derecho de Francia

La situación jurídica del embrión humano en el derecho francés tiene dos momentos diferentes, marcada por la reforma de 1994. Por ende, la primera parte de este texto es la situación jurídica del embrión humano en derecho francés anterior a la reforma, de 1994 y la segunda parte son los cambios legales que establece esta reforma.

En el derecho civil francés no existe una cláusula general que determine el comienzo de la personalidad jurídica. Las reglas aplicables en materia son deducidas de las disposiciones particulares relativas a la capacidad para suceder (art. 725 del C.C.), donaciones (art. 906 del C.C.) y, accesoriamente, a las acciones de filiación (art. 311.4 del C.C). Por ende, no existe una personalidad jurídica sino a partir del nacimiento, bajo la doble condición de que el niño nazca vivo y viable, como lo establecen los criterios del art. 312 del C.C. (Salvage, s.f. y el art. 46.1 de la instrucción general sobre el estado civil (Cfr. Vigneau, s.f., p. 18). Ahora bien, por razones de orden práctico la personalidad jurídica es negada al niño nacido muerto o al embrión o feto no viable (Cfr. Gobert, s.f, p. 170).

Para efectos patrimoniales y de protección familiar, la adquisición de la personalidad se retrotrae a la fecha de la fecundación en beneficio del concebido (arts. 725, 906 y 311.4 del C.C).

En sintonía con lo anterior, es importante destacar una proposición de ley relativa al “Estatuto Jurídico del concebido”, así como a los experimentos e investigaciones concernientes a la creación de la vida humana, presentada a la Asamblea Nacional en mayo de 1984. En dicha propuesta se afirma que “el concebido es sujeto de derecho, desde el momento de su concepción, su vida es como la de un ser humano y debe ser respetado como tal (...) tiene derecho a la protección de su

¹⁰ Cfr. 1. (1). 5. *Embryonenschutzgesetz*.

¹¹ Cfr. 2. (1) *Embryonenschutzgesetz*.

¹² Cfr. 1. (1). 2 y 1. (1). 6 de la *Embryonenschutzgesetz*.

¹³ Cfr. 3. *Embryonenschutzgesetz*.

¹⁴ Cfr. 5. *Embryonenschutzgesetz*.

¹⁵ Cfr. 6 y 7 de la *Embryonenschutzgesetz*.

patrimonio genético; no pudiendo ser objeto de intervenciones, ni terapias susceptibles de modificarlo". Sin embargo, esta propuesta no fue aceptada.

El segundo momento importante para la comprensión del Estatuto Jurídico del Embrión Humano en el derecho francés se produjo tras la reforma del 29 de julio de 1994, en la que se expiden dos leyes que regulan el estatus jurídico del embrión humano: (i) la Ley 94-653 del 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano¹⁶, por la que se modifican o se crean disposiciones del Código Civil y del Código Penal, y (ii) la Ley 94-654 de la misma fecha, sobre la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal¹⁷.

En el proceso de expedición de estas normas se presentó la necesidad de establecer el estatus jurídico del embrión humano; pero al no existir un punto de encuentro entre la postura que considera al embrión como sujeto de derechos y quienes lo equiparaban a una cosa, se optó por guardar silencio en este punto; estableciendo prioritaria la protección jurídica del embrión.

De lo anterior se destacan los siguientes elementos fundamentales: *primero*: el destino de los embriones fecundados *in vitro* debe ser la asistencia médica a la procreación, cuando se presente algún problema médico en alguna de las parejas; *segundo*: las técnicas de fecundación *in vitro* se han construido para buscar curar la infertilidad de carácter patológico; *tercero*: se debe buscar evitar la transmisión de alguna enfermedad grave; *cuarto*: la ley no limita el número de embriones fecundados *in vitro*; *quinto*: el diagnóstico prenatal debe tener solo una finalidad informativa sobre el estado de salud del nasciturus;¹⁸ *sexto*: se busca evitar la práctica de eugenesia que busque la selección racional, como lo establece el Libro V del Código Penal; *séptimo*: se prohíbe la fecundación *in vitro* de embriones humanos con fines industriales o comerciales¹⁹.

La comprensión jurídica del embrión humano en las leyes colombianas

El concepto técnico-jurídico de *persona* aparece en el Código Civil colombiano, expedido a finales del siglo XIX (1887), para proteger y resolver las disputas entre particulares, redactado por Andrés Bello para Chile (1857). Este concepto es adoptado por la república de Colombia en el siglo XIX.

¹⁶ Cfr. Loi N 94-653 du 29 Juillet 1994, Relative au respect du corps humain (J.O. 30 de Juill. 1994, p. 11056). D, 1994, N° 29, pp. 406-409.

¹⁷ Cfr. Loi N° 94-653 du 29 Juillet 1994, Relative au don et á l'utilisation des elements et produits du corps humain, a l'assistance médicale a la procréation et au diagnostic prenatal (J. O. 30 de Juill. 1994, p. 11060). D, 1994, no 29, pp. 409-416.

¹⁸ Cfr. Art. L 162-17 del code de la santé publique.

¹⁹ Cfr. Decreto N° 95-558 (6 mai 1995) relatif á la commission nationale de medecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prenatal et modifiant le code de la santa publique (J.O. 7 mai 1995) Gaz. Pal, 1995, pp. 555.

El artículo 74 del Código Civil define a la persona como “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” y doctrinalmente se hace una separación entre existencia legal y natural, como lo ponen de manifiesto el artículo 90 “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”; y el artículo 91 “La ley protege la vida del que está por nacer”. Se genera una doble ficción jurídica en la cual se aplazan los derechos del no nacido (Art. 93) hasta el nacimiento como principio de existencia y en caso de no lograr nacer vivo “se reputará no haber existido jamás” (art 90 y 93).

Los anteriores artículos, reflejan la concepción jurídica del concepto de *persona* propia de la época de elaboración del código, donde lo que prima es la preocupación patrimonial. Incluso por ello no existe problema para proteger la vida del concebido explícitamente (Art. 91) de tal manera que faculta al Juez, para que a petición de cualquiera persona, o de oficio, adopte las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará”.

Por su parte, el Código Penal (Ley 599 de 2000) protege la integridad del feto frente a posibles agresiones Art. 125 y 126 “El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo” podrá incurrir a pena privativa de la libertad, que incluye la inhabilitación al profesional de la salud que incurra en esos delitos, con penas aumentadas con la Ley 890 de 2004.

Marco Constitucional de la persona

El texto constitucional y la jurisprudencia son los que actualizan y generan interpretaciones desde un concepto de persona jurídico-institucional basados en la definición de persona establecida en el artículo 74 del Código Civil (“Son personas todos los individuos de la especie humana”), la cual era avanzada y progresista para su época.

Constitucionalmente, el Estado reconocerá la “primacía de los derechos inalienables de la persona...” (Art. 5), lo cual supone que no se puede suprimir amparado en beneficio de otro y proclama la inviolabilidad del derecho a la vida, (Art. 11) como supremo derecho fundamental.

En el artículo 42 la Constitución Política ha reconocido la dignidad propia de todo ser humano adquirida por el solo hecho de existir y protege a la familia como núcleo de la sociedad en igualdad de condiciones de todos sus miembros: “...

los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales deberes y derechos...”. El legislador incluye la procreación asistida, lo cual permitirá considerarlo como un hecho tutelable jurídicamente.

En el artículo 44 se reconocen los derechos fundamentales de los niños:

(...) Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Y continúa afirmando la obligación que tiene el Estado y la sociedad: “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Y termina diciendo: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Hasta aquí lo consagrado frente al concepto que se está trabajando. Es claro que en la legislación colombiana el tema de la protección del embrión humano, al igual que en los demás países de la región, no ha logrado un gran desarrollo jurídico. Este tema quedó bajo interpretación constitucional y la alineación que realiza el Estado colombiano con los pactos y convenios internacionales sobre el “nasciturus” como protección de la “vida humana embrionaria”, como se presentará a continuación.

El nasciturus en la jurisprudencia constitucional

La vida es protegida constitucionalmente, como ya se vio, pero no puede salvaguardarla en su proceso y desarrollo mientras logra su independencia de la madre; pero se podría deducir que el nasciturus posee el valor fundamental de la vida humana y que, por lo tanto, se incluye en la esfera de protección del artículo 11 de la Constitución, ya que la vida humana es un proceso que inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona en el feto y se individualiza como existente en el nacimiento.

En Sentencia T-179 de 1993 la Corte Constitucional clarifica que “el no nacido existe desde la fecundación del óvulo, es decir, desde la propia concepción”. Más tarde, en otros pronunciamientos, indicó que el nasciturus está protegido por el catálogo de derechos que la Constitución Política reserva para los niños, por lo que es titular de derechos fundamentales que pueden ser protegidos mediante la acción de tutela (sentencias T - 171 de 1999 y T-1502 de 2000).

Luego, al estudiar la demanda interpuesta contra el Decreto Ley 100 de 1980 (antiguo Código Penal), que tipificaba la conducta penal del aborto (art. 343), indicó que el nasciturus es fundamental, por la esperanza de su existencia como persona, por lo que requiere de la especial protección del Estado. Este fallo indica que la “vida embrionaria” está supeditada al desarrollo uterino y, por tanto, se protege solo “en la etapa de su proceso en el cuerpo materno”. Es claro que esta referencia se aplica también en los casos que se acuda a la procreación asistida (Sentencia C-133 de 1994).

Existen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con la constitucionalidad del artículo 328 del Decreto Ley 100 de 1980 y la protección del concebido en razón de la pena impuesta a la mujer que terminara con el embarazo fruto de una violación o inseminación no consen-

tida; en la Sentencia C-013 de 1997, la Corte estudió y justificó “las penas aplicables a los delitos de aborto, infanticidio y abandono de un recién nacido cuando en tales conductas incurre la mujer que ha sido embarazada en el curso de un acto de violencia sexual o como efecto de inseminación artificial no querida por ella”. Se atenúa la pena en los casos en los que la madre agredida cometa delitos de aborto (art. 345 Código Penal) e infanticidio (art. 328 Código Penal), y agrava la pena en el delito de abandono de niño menor de ocho días (art. 348 Código Penal).

Luego, en Sentencia C-213 de 1997 se retoma el tema y ratifica lo dicho en la Sentencia C-013 de 1997, aclarando la postura de la misma frente al “derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución, que aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo”, y por lo tanto, “la vida que el Derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a ésta a lo largo de todo su ciclo vital”.

Luego se profirió el Código Penal, Ley 599 de 2000, que tipificó la conducta del aborto en el siguiente sentido:

La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Norma que fue objeto de diversas demandas de inconstitucionalidad.

Esto generó que la Corte Constitucional profiriera la Sentencia C-355 de 2006 fundamentada en “cuestionar la interrupción del embarazo como conducta punible, por cuanto dichas tipificaciones atentan gravemente contra la vida, la libertad; libre desarrollo de la personalidad; privacidad o intimidad; igualdad; integridad personal, la salud y la autonomía reproductiva de la madre e igualmente viola la dignidad de la mujer y su libertad de conciencia”.

En dicho pronunciamiento la Corte evidencia el valor constitucional que conlleva la obligación genérica, por parte del Estado, de respetar y promover toda forma de vida y que el amparo del no nacido deriva de la constatación de que se trata de una *vida humana en gestación* y, por lo tanto, un bien constitucionalmente relevante que merece protección, pero a la vez existe un derecho subjetivo fundamental, de aplicación específica a la persona humana, puesto que es presupuesto para su titularidad y ejercicio la existencia de personalidad jurídica que se le reconoce a la mujer. Por tanto, se presenta una eficacia simbólica por parte del Estado en la medida en que se pretende legitimar la visión de que practicar el aborto no es correcto, pero moviéndose dentro de un plano de flexibilidad de respeto a derechos subjetivos reales de las personas (Palacio, 2006).

Este y otros argumentos llevaron a que la Corte Constitucional indicara que la mujer no incurre en aborto cuando la interrupción se realice en los siguientes eventos:

(i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. (Sentencia C-355, 2006)

Estos desarrollos jurídicos están fundamentados en las legislaciones especialmente norteamericanas y europeas, que como la española, desde 1985 ya regulaban estos escenarios²⁰.

Más allá del aborto, como se acaba de presentar, en nuestro país no existe una legislación específica sobre nuevas tecnologías sobre la vida, y al no existir leyes civiles o administrativas sobre el tópico, se hace necesario recurrir al Código Penal, aunque esta sería la razón última del Estado para tutelar bienes jurídicos; es allí donde se tipifican las conductas que al respecto existen y están presentados como delitos contra la vida, a saber: Manipulación genética (Art. 132) repetibilidad del ser humano (Art. 133) y la fecundación y tráfico de embriones humanos (Art. 134), que indica:

El que fecunde óvulos humanos con la finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de investigación, incurrirá en prisión de uno a tres años. En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título. (Código Penal, Art. 134)

En relación con la fecundación de óvulos para la investigación científica y terapéutica no existe ningún pronunciamiento en el Código Penal. Este vacío legal ha llevado a preparar y discutir algunos proyectos en relación con la reglamentación del uso de embriones humanos en la fecundación asistida o para regular el destino de los embriones sobrantes de la misma, pero dichas discusiones en el Congreso en 2003 no obtuvieron éxito.

En este campo sobre los embriones humanos la Corte Constitucional ha abordado temas específicos, con influjo de los desarrollos jurisprudenciales y legales de países de la Comunidad Europea, del Consejo de Europa y legislación norteamericana. Por ejemplo, en la Sentencia C 555 de 2005 en una demanda en contra la constitucionalidad del artículo 134 del Código Penal (Fecundación y tráfico de embriones humanos), la Corte afirma su exequibilidad y se ratifica en lo descrito en la ley.

²⁰ Cf. Ley Orgánica 9 de 1985. Reformada en 2010 por la Ley Orgánica 2 sobre salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo.

En la actualidad, se encuentra a la espera de la sanción presidencial la denominada

“Ley de fertilidad”, que establece cinco puntos centrales: (i) determina la infertilidad como una enfermedad; (ii) ordena al Ministerio de Salud a diseñar una política pública para tratar la infertilidad y garantizar la atención a través del sistema de seguridad social; (iii) otorga el plazo de un año para que el Gobierno defina los modelos de tratamiento de esta enfermedad, que deberá ser garantizada con recursos públicos; (iv) ordena al Instituto Nacional de Salud adelantar investigaciones sobre esta enfermedad; (v) autoriza a las asociaciones público-privadas para que garantice la cobertura de los tratamientos para la reproducción humana asistida. (Jerez, 2008)

Normatividad internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo

En algunos países europeos, la interrupción voluntaria del embarazo está vigente hace varias décadas. La misma Organización Mundial para la Salud (OMS) lo considera un tema de salud pública y de derechos humanos. Su principal argumento es promover un aborto sin riesgo para evitar la muerte de mujeres, que pueden practicar un aborto clandestino sin las condiciones de salud mínimas.

Ahora bien, cada país ha establecido un marco legal para la práctica del aborto. Por ende, en las siguientes páginas solo se expondrán los de Inglaterra, Alemania, Francia y Colombia, con la finalidad de conocer el marco legal y las orientaciones que estos países han establecido para poder practicar la interrupción voluntaria del embarazo.

Aspectos legales de la interrupción voluntaria del embarazo en Inglaterra

Los antecedentes de la Ley de aborto en Inglaterra datan de 1936, cuando un tribunal absolvió a un ginecólogo de prácticas abortivas, quien confesó públicamente que iba a realizar un aborto porque era fruto de una violación y continuar el embarazo sería atentar contra la integralidad de mujer.

Hasta 1967, los motivos por los que una mujer podía abortar en Gran Bretaña eran muy limitados. Esto pone de manifiesto que la Ley del aborto realizó un proceso de manera gradual en la legislación de Inglaterra.

La Ley de David Steel fue aprobada en la Cámara de los Comunes por 167 votos contra 83 y promulgada por el Gobierno laborista de Harold Wilson en abril de 1968. Con ella, se aprobaría la interrupción voluntaria del embarazo hasta las 28 semanas de gestación en los territorios de Inglaterra si se cumple alguna de las tres condiciones establecidas por la ley: en caso de violación; cuando la continuación del embarazo pusiera en riesgo la vida de la madre; si existiría la posibilidad de que un niño naciera con malformaciones. En 1990 se hizo una enmienda a dicha Ley, determinando

como fecha máxima para realizar la interrupción del embarazo las 24 semanas²¹ de gestación. A la vez, se eliminó las restricciones para los casos de riesgos.

De esta manera, Inglaterra se convierte en uno de los países que cuenta con una normativa muy flexible sobre el tema del aborto; aunado a la interpretación amplia que realizan los tribunales, que permiten la práctica a toda mujer que lo solicite.

Aspectos legales de la interrupción voluntaria del embarazo en Alemania

En Alemania, la legalización del aborto ha sufrido varios debates durante el siglo XX. Durante el periodo de la República de Weimar se logró reducir las penas para el aborto; su legalización se realizó en 1927, pero solo en los casos en los que la vida de la madre estuviera en peligro²².

En la época nazi las sanciones sobre el aborto se incrementaron de nuevo. Su prohibición estaba relacionada con el proyecto eugenésico de Hitler. De ahí que todas las prohibiciones y sanciones sobre el aborto no cobijaran a los judíos y extranjeros residentes en el territorio de Alemania, sino únicamente a la raza Aria. Las políticas del gobierno nazi, establecieron como castigo la pena de muerte para quien practicara el aborto²³, pero paradójicamente se forzaba a su práctica, en contra de su voluntad, a las personas que se consideraban como indeseables o inferiores, por algún defecto físico o moral. En este grupo se incluía a los extranjeros, judíos o checos.

La legislación sobre el aborto se retomó en 1972, en la Alemania del Este, quedando legalizado hasta las doce semanas. En 1974 la Alemania occidental despenalizó el aborto en algunos casos particulares. Este se produjo como resultado de que en 1976 la República Federal Alemana legalizó el aborto hasta las doce semanas, en las siguientes condiciones: por razones médicas, por delitos sexuales o de emergencia social grave o emocional; la cual debe tener una certificación médica, un asesoramiento y un plazo de reflexión de tres días.

En 1992 fue aprobada la Ley por el Bundestag en la que se permite la interrupción voluntaria del embarazo durante el primer trimestre, con orientación, consentimiento informado y un periodo mínimo de tres días de reflexión. En 1995, el Parlamento dictaminó que el aborto no está cubierto por el sistema de salud alemana, excepto para mujeres de escasos recursos económicos.²⁴⁻²⁵

²¹ Cfr. ley HFE Act 1990

²² Cfr. RGSt 61, pp.243 y ss. Véase Priester, pp. 145-168. (1991)

²³ Cfr. The Abortion and Eugenics Policies of Nazi Germanyof . Recuperado el 20 de marzo de 2019 de <http://www.lifeissues.net>.

²⁴ BGBl. 1992 I S. 1402.

²⁵ BGBl. 1995 I S. 1055.

Aunado a lo anterior, el artículo 219^a del Código Penal alemán tipifica como delito la publicidad en la que se da a conocer servicios propios o ajenos para la promoción de la práctica de la interrupción del embarazo o indique los procedimientos apropiados para ello, que se castiga con hasta dos años de cárcel o multa. Esta normativa disuade a los profesionales de la salud de realizar la práctica del aborto.

Aspectos legales de la interrupción voluntaria del embarazo en Francia

El aborto en Francia se despenalizó con la Ley Veil, aprobada en 1975 y promovida por Simone Veil; nació para complementar la Ley de Neuwirth de 1972, que promueve la utilización de métodos anticonceptivos. A la vez, esta ley modifica el código napoleónico o Código Civil de Francia de 1804, que estipulaba la pena de muerte para el aborto.

Con la Ley Veil en Francia se legaliza el aborto hasta la semana décima. Sin embargo, en 2001 se extendió hasta la semana doce de gestación²⁶. Ahora bien, la interrupción voluntaria del embarazo se comienza aplicar en los sistemas de seguridad social de Francia en 1982; si alguna mujer desea practicarse un aborto posterior a las doce semanas que ha establecido la ley, debe cumplir con los siguientes requisitos: dos médicos deben certificar que la salud de la mujer está en peligro o que existe una alta probabilidad de que el feto nazca con una enfermedad incurable o defectos lo suficientemente graves. De lo contrario, el aborto se considera ilegal²⁷

Aspectos legales de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia

Llegados a este último apartado, es importante recordar que gran parte de los argumentos legales sobre la normativa de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia ya ha sido presentada. Sin embargo, en los siguientes párrafos se busca profundizar en los elementos centrales sobre esta ley.

La interrupción voluntaria del embarazo – IVE – es reconocida como un derecho fundamental por la Corte Constitucional, en Sentencia C- 355 de 2006, que es procedente en tres eventos:

- i. Cuando el embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico.
- ii. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

²⁶ Cfr Texte intégral de la loi Veil de 1975. Recuperado el 7 de septiembre de 2018 de <https://web.archive.org/web/20090422163914/http://doc-iep.univ-lyon2.fr/Ressources/Documents/DocEnLigne/LoiVeil/loi-veil.html>.

²⁷ Code de la santé publique L2213-1. Recuperado el 7 de septiembre de 2018 de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006687544&dateTexte>

- iii. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia del óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Se debe aclarar que este pronunciamiento le brinda a la mujer la opción de abortar en esas circunstancias, y que no se le obliga a ello. Las menores de edad y las mujeres con discapacidad pueden acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en igualdad de condiciones que las demás; servicio garantizado en el Plan Obligatorio de Salud (Resolución 5592 de 2015); por lo que, sin excepción, todas las entidades prestadoras de salud deben informar a sus afiliadas la red de prestadores disponibles en el país donde se prestan los servicios de la IVE.

Sin embargo, en la práctica se presentan múltiples obstáculos en la prestación de los servicios de interrupción voluntaria, como lo constituyen el desconocimiento de las mujeres sobre la posibilidad de interrumpir el embarazo; las preferencias religiosas o imaginarios de los funcionarios que ofrecen asesorías poco idóneas; la falta de rutas y procesos claros para el acceso a la atención por parte de las instituciones prestadoras de salud; “el abuso” de la objeción de conciencia de los médicos por convicciones religiosas; las limitaciones en la asesoría y de suministrar de los métodos anticonceptivos y el hecho de que no haya una vigilancia y control a la red de prestadores por parte de las secretarías departamentales de salud (Ministerio de Salud, 2016).

3. CONCLUSIÓN

El objetivo de este texto fue realizar un acercamiento a las normas jurídicas del embrión humano desde un ejercicio de derecho comparado. Para ello, fue necesario centrar la mirada en las leyes que se han expedido para regular los procedimientos de la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y el aborto, toda vez que a nivel internacional y nacional no existe una norma unificada sobre el estatuto jurídico del embrión humano.

Que actualmente existan distintas dinámicas jurídicas en derecho comparado que reglamenten los procesos de manipulación, utilización y destrucción de los embriones fecundados *in vitro*, revela que se reconoce que el embrión humano no es una cosa sin valor que pueda ser utilizada y destruida sin ningún control. De ahí la necesidad de velar y establecer un mínimo de conductas de cuidado para que no atropellen su valor.

Ahora bien, que las declaraciones internacionales sobre los derechos humanos, el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales no hayan declarado que el embrión humano sea un cosa u objeto, pero tampoco una persona, revela que el fundamento legal para dictaminar quién es persona y quién no excluye a la realidad embrionaria, y con ello, su derecho a la vida.

Es importante recordar que entre los instrumentos internacionales actualmente existe la Declaración de los Derechos del Niño, que hace una pequeña alusión a promover, garantizar y proteger la vida del niño no nacido. Pero esta declaración tampoco logra establecer el estatuto jurídico del embrión humano. De ahí la necesidad que en cada país se establezca un comité de expertos que oriente los procedimientos de las ciencias biomédicas y que garantice el debido respeto para los embriones que han sido fecundados *in vitro*.

En consonancia con lo anterior, se puede concluir que en derecho comparado existen unos principios legales que garantizan una protección especial a los embriones fecundados *in vitro*. Estas normas varían de acuerdo con el contexto de cada país. En relación con la normativa colombiana, existe un vacío legal que orienta los procedimientos de fecundación *in vitro*, manipulación, utilización y destrucción de embriones humanos.

Paradójicamente, se ha creado toda una normativa legal que orienta los procedimientos de manipulación embrionaria, fruto de la fecundación *in vitro*, pero se han construido vías legales a nivel internacional y nacional que garantizan los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, incluso sin restricción de tiempo, como pasa en Colombia. Que se haya establecido una normatividad que oriente y protege a los embriones fecundados *in vitro* y de vía libre para destruir a los embriones fecundados *in vivo*, revela que la norma no se ha construido desde una fundamentación antropológica que tiene como base la ley natural, sino desde un derecho, en el que no es suficiente argumento ser miembro de la especie humana para que se les garantice su reconocimiento como persona, sino que se necesitan unas condiciones sociales para que dicho reconocimiento se haga efectivo.

REFERENCIAS

- Ministerio de Salud (2016). ABECÉ. Interrupción voluntaria del embarazo, un derecho humano de las mujeres. Recuperado el 20 de abril de 2019 de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/Biblioteca-Digital/RIDE/VS/PP/abc-maternidad-elegida.pdf>
- Asamblea del Consejo Europa (1986). http://www2.uah.es/bioetica_alcala/Algunas%20Normativas/Consejo%20Europa%201986.pdf
- BverfGE 39, 1, NJW, 1975.
- Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>
- Carta de las Naciones Unidas (1948). Preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos. http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CjwKEAi4rujBRD-D7IG_wOPytXksJACTMkgaX11coIgtJgPSKGmI1pxQkbUJcDq6nHBZUph9I77m1RoCKYnw_wcB.

Código Civil. Recuperado en noviembre de 2014 de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Departamento de Derecho Internacional(1969). Costa Rica. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Sobre prohibición de Clonar Seres Humanos. http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.unal.edu.co%2Fbioetica%2Fdocumentos%2Fa16_clonacion.rtf&ei=AVRzVPDD-FMurggTvo4DQAw&usg=AFQjCNFnl2yRgVy9tXaxF-cd9NIpQ0IQg&sig2=_jdKox0P1V22yhJRWKT6Qw

Comisión Internacional de Derechos Humanos. Convención Americana de Derechos Humanos. Costa Rica (1969).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ficha Técnica: Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica. http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

Constitución Política de Colombia. recuperado en noviembre de 2014 de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

Declaración Internación de los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

Decreto N° 95-558 (6 mai 1995) relatif á la commission nationale de medecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prenatal et modifiant le code de la santa publique (J.O. 7 mai 1995) Gaz. Pal, 1995. Código Civil. Recuperado en noviembre de 2014 de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

Jerez, D. (2008). Lo que debe saber de la nueva ley de fertilidad.<https://www.rcnradio.com/colombia/lo-que-debe-saber-de-la-nueva-ley-de-fertilidad>

Hofmann, H. (1995). *Das Lebensrecht des Nasciturus*.

Human Fertilisation and Embryology Act. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contentsFamRZ1972>.

Genomanalyse und Gentherapie. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für forschung und technologie und des Bundesministers der Justiz, serie Gentechnologie- Chancen und Risiken, t, VI, Munich, 1985.

Embryonenschutzgesetz: EschG, 29-4-1986.

Gobert, M. (s.f.). Les incidences Juridiques des progres des sciences biologique et medicale sur le droit des personnesE. En AA. VV. *Genetique, procreation*.

Ley Orgánica 9 de 1985. Reformada en 2010 por la Ley Orgánica 2 sobre salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo.

Organización Mundial para la Salud [OMS] (2012). Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/9789241548434/es/

Magruder, F. (1994). *American Government* (p. 739). Prentice Hall.

Morgan, D. y Lee, R. G. (1991). *Blackstone's Guide to the human Fertilisation and embryology act 1990*. Londres.

Montes, P. (1995). El significado institucional de la idea de persona. En AA.VV. *Derecho Civil, Parte General*.

Salvage, Ph. (s.f.). *La viabilité* (p.736).

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Priester, J.M. (1972). Normativa sobre el aborto provocado en Alemania. *Humana lura, de la facultad de derecho, 6*, 145-168.

The Abortion and Eugenics Policies of Nazi Germanyof .

Palacio, M. (2006). "Sobre la Sentencia C-355. Recuperado en noviembre de 2014 de <http://abortoencolombiasoc.blogspot.com/2013/03/sobre-la-sentencia-c-35506.html>

Parlamento Europeo (2005). Resolución sobre la fecundación in vivo e in vitro. (<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B5-2000-0710+0+DOC+XML+V0//ES>

Relative au respect du corps humain (J.O. 30 Juill. 1994, p. 11056). D, 1994.

Suárez, P. (2008). Reproducción humana asistida y filiación en el derecho de familia colombiano. *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi, 6(72)*. Recuperado en octubre de 2014 de <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.doc>

Supreme Court of Tennessee (1992). *Junior Lewis Davis v. Mary Sue Davis*.

Thornburgh v. American Collage of Obstetricians and Gynecologists, 11/06/1985; 492 U.S. 490, Webster v. Reproductive Health Services, 03/07/1989; 505 U.S. 833, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert Casey, Governor of Pennsylvania,1992.

Unesco (2015). Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Declaración Universal sobre el Genoma humano y los Derechos Humanos (1997). http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Vigneau, d' (s.f.) (p-18).

Warnock Report. <https://www.bioeticaweb.com/warnock-report/>



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.57.505.499>

Fines for Illegal Trade of Wild Fauna: A Difficult to Impose Sanction in Colombia?

*Multas al tráfico ilegal de fauna silvestre: ¿Una
sanción difícil de imponer en Colombia?*

NATALIA RAMÍREZ-ZAMUDIO

MSC in Conservation and Use of Biodiversity, Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia).
Specialist in Environmental Law, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).
Environmental Engineer, Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia).
na.ramirez@javeriana.edu.co

Abstract

This research aimed to identify the causes of the low imposition of fines on the illegal trade of wild fauna in Colombia, and to identify how much of the responsibility falls on the current methodology that Colombian environmental authorities must use to calculate these fines (i.e., “Methodology for the Calculation of Fines for Infringement of the Environmental Normative”). For this purpose, a survey was applied to public officials belonging to Colombian environmental authorities. The results revealed that these entities have several reasons for not imposing fines on the illegal trade of wild fauna. The most important cause is the fact that the referred methodology does not serve the purpose of estimating fines on this illicit activity, since its variable “Degree of environmental affectation” was not designed to be calculated on fauna. This impossibility of calculating fines on the illegal trade of wild fauna has generated two types of behaviors in Colombian environmental authorities: 1) some have refrained from imposing fines on this illicit activity (thus impeding a deterrent effect); and 2) others have modified the methodology (thus breaching the principle of legality), in order to be able to calculate the fines in the case of this illicit activity. Therefore, given that neither of these two behaviors is suitable, this research calls for the Government of Colombia to enact a new or modified methodology to calculate fines for environmental infringements that adjusts to the characteristics and environmental affectations of the illegal trade of wild fauna.

KEY WORDS

Administrative sanctions; environmental authorities; environmental impacts; illegal wildlife trade; law enforcement; monetary sanctions.

Resumen

Esta investigación tuvo como objetivo identificar las causas de la baja imposición de multas al tráfico ilegal de fauna silvestre en Colombia, e identificar cuánta responsabilidad tiene al respecto la actual metodología que deben usar las autoridades ambientales colombianas para calcular estas multas (i.e., “Metodología para el Cálculo de Multas por Infracción a la Normativa Ambiental”). Para este propósito, se aplicó una encuesta a servidores públicos de las autoridades ambientales colombianas. Los resultados revelaron que estas entidades tienen varias razones para no imponer multas al tráfico ilegal de fauna silvestre. La causa más importante es el hecho de que la metodología referida no sirve para estimar multas en el caso de esta actividad ilícita, ya que su variable “Grado de afectación ambiental” no fue diseñada para ser calculada en fauna. Esta imposibilidad de calcular multas por el tráfico ilegal de fauna silvestre ha provocado dos tipos de conductas en las autoridades ambientales colombianas: 1) algunas se han abstenido de imponer multas a esta actividad ilícita (impidiendo así un efecto disuasorio); y 2) otras han mo-

dificado la metodología (vulnerando así el principio de legalidad) para poder calcular las multas en el caso de esta actividad ilícita. Por consiguiente, dado que ninguna de estas dos conductas es adecuada, esta investigación insta al Gobierno de Colombia a promulgar una metodología (nueva o modificada) para el cálculo de multas por infracciones ambientales, que se ajuste a las características y afectaciones ambientales del tráfico ilegal de fauna silvestre.

PALABRAS CLAVE

Aplicación de la ley; autoridades ambientales; impactos ambientales; sanciones administrativas; sanciones monetarias; tráfico ilegal de especies silvestres.

1. INTRODUCTION

Colombia is the third most megadiverse country on Earth (Butler, 2016). However, its biodiversity is threatened by multiple factors, such as deforestation, loss and degradation of ecosystems, illegal mining of precious metals, introduction of exotic species, pollution, and illegal wildlife trade (WWF-Colombia, 2017). Particularly, this last threat factor has exerted a high pressure on the populations of Colombian wild fauna species (Contraloría General de la República [CGR], 2014b). In the Latin America and Caribbean region, Colombia (alongside Mexico and Brazil) had the highest number of cases of illegal wildlife trade by air from 2010 to 2020 (Connelly & Peyronnin, 2021). On the other hand, according to the latest report published by the Government of Colombia, the illegal trade of wild fauna in this country has a minimum of 569 target species (distributed in species of birds [62%], mammals [19%], reptiles [16%], amphibians [5%], and invertebrates [5%]), where some of the most trafficked animals are the Orange-chinned Parakeet (*Brotogeris jugularis*), the Colombian Slider (*Trachemys callirostris*), and the Red-tailed Squirrel (*Sciurus granatensis*) (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible [MADS], 2012). This illicit activity in Colombia is mostly motivated by the pet trade, the human consumption of bushmeat, the market of fur, and traditional medicine (Ministerio del Medio Ambiente [MMA], 2002; Sollund & Maher, 2015).

In Colombia, there are environmental authorities at the national, regional, and local levels. The governing body for the management of the environment and natural resources in the country is the Ministry of Environment and Sustainable Development (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, MADS) (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2011). The highest regional authorities in environmental matters are the Regional Autonomous Corporations (Corporaciones Autónomas Regionales, CARs) and the Corporations for Sustainable Development (Corporaciones para el Desarrollo Sostenible) (López & López, 2003). Lastly, the environmental authorities at the local level are the Urban Environmental Units (Unidades Ambientales Urbanas, UAUs), the Environmental Public Establishments (Establecimientos Públicos Ambientales, EPAs) and the Metropolitan Areas (Áreas Metropolitanas) (Molina, 2014). All these environmental authorities are empowered by law to impose sanctions on those who commit an environmental harm or on those who infringe environmental norms (Congreso de la República de Colombia, 2009). Specifically, infringements related to CITES (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora) must be sanctioned by the Ministry of Environment and Sustainable Development (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2011), while the rest of illegal wildlife trade activities carried out in the national territory must be sanctioned by the regional and local environmental authorities, according to their territory of jurisdiction.

The imposition of sanctions by the Colombian environmental authorities must be performed in accordance with the environmental administrative sanctioning procedure (i.e., Law 1333 of 2009). This Law established that environmental authorities may impose, on the infringer of the envi-

ronmental norm, one or some of the seven sanctions listed in its 40th article. Specifically, one of these sanctions consists of daily fines up to five thousand (5 000) current legal monthly minimum wages. If the environmental authority decides to impose these fines, it must use the *Methodology for the Calculation of Fines for Infringement of the Environmental Normative*, which is a manual that explains the mathematical model and procedure that must be used to determine the amount of the fine (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial [MAVDT], 2010).

Although wildlife trafficking is one of the main threats to Colombian biodiversity, control agencies of this country have identified that regional and local environmental authorities rarely impose sanctions on this illicit activity (CGR, 2014a; Procuraduría General de la Nación [PGN], 2006). And as if that weren't enough, of the total of sanctions they impose on the illegal trade of wild fauna, only a few consist of fines (CGR, 2005; PGN, 2006).

The imposition of fines on illegal wildlife trade has been encouraged (Cruden & Gualtieri, 2016; Ratchford, Allgood, & Todd, 2013; United Nations Office on Drugs and Crime [UNODC], 2018), because fines fulfill two functions that are highly valued in the fight against wildlife crime: 1) to make the punishment proportional to the harms generated on the natural habitat or the species; and 2) to deter the offender and future offenders from committing these illicit activities (Einat, 2014; Hillsman, 1990; UNODC, 2012, 2018; Zimmerman, 2003).

However, it is worth mentioning that if fines are to be imposed on illegal wildlife trade, the procedures that precede such enforcement should be revisited (Morgera & Wingard, 2008). The aforementioned implies that procedures or regulations that determine, for example, how those fines must be calculated, should be evaluated in order to identify how suitable they are to deter illegal wildlife trafficking (International Consortium on Combating Wildlife Crime [ICWC], 2016).

Consequently, the aim of this research was to identify the causes of the low imposition of fines on the illegal trade of wild fauna in Colombia, and to identify how much of the responsibility falls on the *Methodology for the Calculation of Fines for Infringement of the Environmental Normative*. It should be clarified that the fines addressed in this research are those that can be imposed by the regional and local environmental authorities of Colombia (i.e., fines enforced by the environmental administrative juridical system of Colombia), which implies that fines imposed from both the criminal system and the Colombian National Police, are out of the scope of this study.

In line with the above, to achieve the aim of this research, surveys were applied to public officials belonging to the regional and local environmental authorities.

Lastly, a concise account of both Law 1333 of 2009 and the *Methodology for the Calculation of Fines for Infringement of the Environmental Normative* will be presented below, in order to contextualize the readers on the normative provisions that regulate fines in the Colombian environmental ad-

ministrative legal system, and to provide the necessary information for the understanding of the problematic addressed in this research.

Normative provisions that regulate the imposition of fines in the Colombian environmental administrative juridical system

Colombia has been committed to the fight against illegal wildlife trade mostly since 2002, when it created its national policy to diminish this illicit activity, entitled “National Strategy for the Prevention and Control of Illegal Wildlife Trade”. In this policy, it was recognized that Colombia had normative issues, since there was not an updated environmental administrative sanctioning regime (MMA, 2002). These normative issues ended with the entry into force of Law 1333 of 2009, which is a legislation that prescribes the procedure that must be complied within the Colombian environmental administrative system, for the imposition of sanctions in environmental matters (Cardona González, 2012). This Law, specifically, empowers Colombian environmental authorities to carry out the aforementioned sanction imposition, in which they are allowed to impose a maximum of three sanctions on each environmental infringer (Art. 2, Paragraph 3 of Decree 3678/2010), out of the following seven stipulated in Art. 40 of Law 1333/2009:

1. Daily fines up to five thousand (5 000) current legal monthly minimum wages.
2. Temporary or permanent closure of the establishment, building, or service.
3. Revocation or expiration of the environmental license, authorization, concession, permit, or registration.
4. Demolition of work at the expense of the infringer.
5. Definitive seizure of specimens, exotic wild species, products and by-products, elements, means, or implements used to commit the infringement.
6. Restitution of specimens of wildlife species (fauna and flora).
7. Community work.

Regarding the daily fines sanction, the Government of Colombia, in 2010, published the *Methodology for the Calculation of Fines for Infringement of the Environmental Normative* (hereafter ‘Methodology for the Calculation of Fines’), adopted by Resolution 2086 of 2010; this is a manual that establishes the conceptual and procedural elements that Colombian environmental authorities must apply to determine the fines to be imposed on environmental infringers (MAVDT, 2010). In accordance with this methodology, to calculate the fine, the following equation must be used:

$$Fine = B + [\alpha \times i \times (1 + A) + Ca] \times Cs$$

Where, *Illicit profit* (B) refers to the economic gain that the infringer obtains as a result of his/her conduct; *Temporality factor* (α) indicates the duration of the infringement; *Degree of environmental affectation* (i) evaluates the seriousness of the illicit conduct in environmental terms; *Aggravating and mitigating circumstances* (A) is a score assigned based on specific factors associated with the behavior of the infringer; *Associated costs* (Ca) are expenses incurred by the environmental authority during the sanctioning process and which are responsibility of the infringer; and *Socio-economic capacity of the infringer* (Cs) reflects a set of conditions of infringers that allows for establishing their capacity to assume a pecuniary penalty.

Out of all these variables, it is only pertinent to clarify how *Illicit profit* (B) and *Degree of environmental affectation* (i) must be calculated. Therefore, the *Illicit profit* (B) must be estimated through the following formula:

$$B = \frac{y \times (1 - p)}{p}$$

Where y is the income or economic perception obtained from the infringement, and p is the capacity of the environmental authority to detect this behavior.

Meanwhile, *Degree of environmental affectation* (i) must be calculated as:

$$i = 22.06 \times SMMLV \times I$$

Where *SMMLV* corresponds to the *Colombian current legal monthly minimum wage*, and the variable I is equivalent to the *Importance of the affectation*. Likewise, in order to determine this last variable, the following equation must be used:

$$I = (3 \times IN) + (2 \times EX) + PE + RV + MC$$

Where, *Intensity* (IN) is the degree of incidence of the conduct on the 'environmental asset of protection' (i.e., environmental factor that deserves to be protected); *Extent* (EX) refers to the geographical area in which the affectation occurs; *Persistence* (PE) consists in the time that the affectation's effects would remain; *Reversibility* (RV) is the natural capacity of the environmental asset of protection to return to its conditions prior to the affectation; and *Recovery* (MC) refers to the recovery capacity of the environmental asset of protection, through the implementation of environmental management measures. Each of these last five variables has an assessment scale, which allows for determining the value they will take.

2. METHODOLOGY

Survey design

An online survey (Google Forms) was created to be answered by public officials (belonging to the regional and local environmental authorities of Colombia) in charge of the prevention and control of illegal wildlife trade, and who have also prepared the technical concepts that motivate the process of sanction individualization, within the environmental administrative sanctioning process for infringements of illegal wildlife trade.

The survey was intended to obtain the opinion of the public officials surveyed regarding the following topics:

- a. The sanctions (contained in Law 1333/2009) that regional and local environmental authorities generally impose on individuals engaged in the illegal trade of wild fauna.
- b. The frequency with which regional and local environmental authorities impose fines on illegal trade of wild fauna.
- c. The ease (or difficulty) of applying the Methodology for the Calculation of Fines in the case of illegal trade of wild fauna.
- d. Which variables of the Methodology for the Calculation of Fines are difficult to determine in cases of illegal trade of wild fauna.
- e. Whether the way in which the Methodology for the Calculation of Fines has been formulated leads to regional and local environmental authorities to refrain from imposing fines on illegal trade of wild fauna.
- f. Whether the 'Methodology for the Calculation of Fines' should be replaced, modified, or kept as is.
- g. Which are the main difficulties in applying the Methodology for the Calculation of Fines in the case of infringements due to illegal trade of wild fauna.

The survey did not ask public officials to specify their full name, nor the environmental authority in which they work, with the aim of encouraging their participation in the survey and their truthful answers. Lastly, it was clarified to them that the results of the survey would be used only for academic purposes.

The original text of the survey is available in Appendix S1.

Contact information gathering and survey sending

Firstly, the name and e-mail of the public officials were gathered through the website of their respective environmental authority, or by telephone communication with the entity. Subsequently, an e-mail invitation containing the survey link was sent to the public officials from May 7 to June 11, 2019. Finally, the online survey was available to be completed until November 18, 2019.

3. RESULTS

Contact information gathering

The contact information of 70 public officials was obtained. Those officials belonged to a total of 35 environmental authorities in Colombia. This number of public officials is greater than the number of environmental authorities, because, generally within these entities, more than one public official works in the area of prevention and control of illegal wildlife trade.

It was impossible to establish communication with five environmental authorities, and therefore no information from their public officials was obtained. These entities are: *Corponariño*; CSB (*Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar*); CVS (*Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge*); EPA *Barranquilla Verde*; and DADMA (which is now known as *Departamento Administrativo Distrital de Sostenibilidad Ambiental – DADSA*).

Survey results

From the 70 public officials to whom the survey was sent, only 40 answered it. Nevertheless, only 32 of the surveys were taken into account in this research, because the eight remaining officials indicated that they had not prepared technical concepts that motivate the process of sanction individualization within the environmental administrative sanctioning process for infringements of illegal wildlife trade. Below, are the results of the aforementioned 32 surveys.

Firstly, two sanctions are considered by the public officials for being the most common to impose on the illegal trade of wild fauna in Colombia. The first of them is the sanction consisting of definitive seizure of specimens and a fine, while the second sanction corresponds exclusively to the definitive seizure of specimens (Table 1).

TABLE 1. PUBLIC OFFICIALS' OPINION REGARDING WHICH ONE IS THE MOST COMMON SANCTION IMPOSED BY COLOMBIAN ENVIRONMENTAL AUTHORITIES ON THE ILLEGAL TRADE OF WILD FAUNA

The most common administrative sanction imposed on the illegal trade of wild fauna	Number of answers	Percentage
Definitive seizure of specimens	10	31%
Definitive seizure of specimens + Fine	15	47%
Definitive seizure of specimens + Community work	04	13%
Definitive seizure of specimens + Fine + Community work	03	9%
Other sanction	0	0%
TOTAL	32	100%

On the frequency with which Colombian environmental authorities impose fines on the illegal trade of wild fauna, more than half of the officials surveyed believe that such sanction is imposed sometimes or almost never, while the remaining respondents consider that fines are always or almost always imposed (Fig. 1).

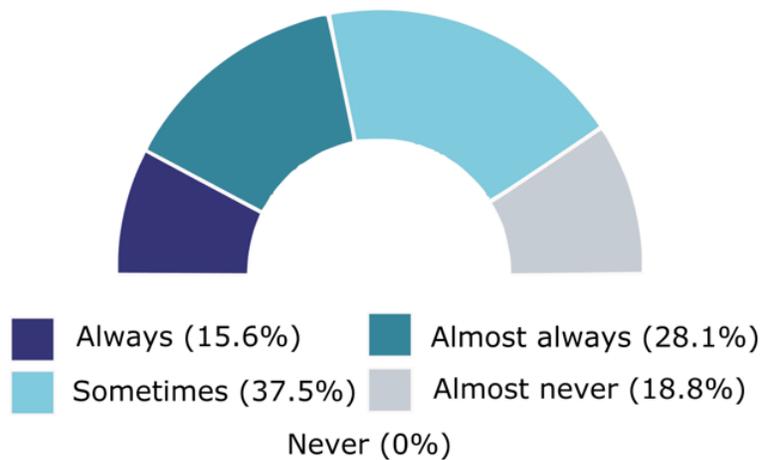


FIGURE 1. PUBLIC OFFICIALS' OPINION REGARDING THE FREQUENCY WITH WHICH COLOMBIAN ENVIRONMENTAL AUTHORITIES IMPOSE FINES AS A SANCTION TO THE ILLEGAL TRADE OF WILD FAUNA.

The public officials who answered that fines are imposed sometimes or almost never, indicated that the causes that motivate this low frequency of fines imposition on the illegal trade of wild fauna, are the following seven:

(1) Socio-economic capacity of the infringer:

In most cases, the people who illegally trade wild fauna do not have the economic capacity to pay the fines, as is the case of those infringers who are registered in the Colombian Identification System of Potential Beneficiaries of Social Programs (SISBEN, by its acronym in Spanish), or who are part of the indigenous population. In such situations, some public officials of the regional and local environmental authorities prefer not to impose fines, in order to avoid an “administrative wear” during the fines collection procedure that would be more costly for some environmental authorities with limited economic sources, such as the Corporations for Sustainable Development.

(2) Applicability of the Methodology for the Calculation of Fines:

- The Methodology for the Calculation of Fines is applicable in the industrial sector, but not in cases of illegal trade of wild fauna.
- It is difficult to calculate the environmental impact generated by the illegal possession of a specimen in particular.

(3) Amount of the fine:

When public officials find a way to apply the Methodology for the Calculation of Fines in cases of illegal trade of wild fauna, the amount of the calculated fines is very high, which consequently hinders its payment by the infringers. This, in turn, makes it impossible or difficult for regional and local environmental authorities to collect the fines, thus ending in the administrative procedure of coercive collection.

(4) Decisions of the Legal Office:

- Occasionally, the Legal Office of the environmental authority does not order the calculation of the fine when the infringement committed has been the illegal trade of wild fauna.
- In some cases, the Legal Office of the environmental authority concludes that the technical and circumstantial support is not enough to initiate an environmental sanctioning process on infringements of illegal trade of wild fauna.

(5) Importance assigned to the illegal trade of wild fauna:

Sometimes no importance is given to the illegal trade of wild fauna, or there is an apathy to handling the issue within the regional or local environmental authority.

(6) *Identification or location of the infringer:*

- Sometimes, infringers provide false information, so it is not possible to identify them.
- There is difficulty in locating the infringer after they commit the illegal activity.

(7) *Specific conditions in the area of jurisdiction of the environmental authority:*

There are regional and local environmental authorities whose area of jurisdiction is characterized by few seizures or few flagrant situations, and by a high number of voluntary deliveries of wildlife, on which no fine is imposed.

On the other hand, regarding specifically to the Methodology for the Calculation of Fines, the vast majority of public officials (i.e., 81%) consider that this methodology is difficult to apply in the case of illegal trade of wild fauna; while 19% of the officials surveyed think the opposite, that is, that its application is easy. Specifically, most of the officials agree that the variable of this methodology known as *Degree of environmental affectation* is difficult to determine when illegal trade of wild fauna has been the infringement committed. The remaining six variables of the Methodology are also considered difficult to determine in such illegal activities, but less than half of the officials think this (Table 2).

TABLE 2. PUBLIC OFFICIALS' OPINION REGARDING THE DIFFICULTY OF APPLYING THE VARIABLES OF THE METHODOLOGY FOR THE CALCULATION OF FINES, IN THE CASE OF ILLEGAL TRADE OF WILD FAUNA

Variables of the Methodology for the Calculation of Fines	Number and percentage of public officials who consider that the variable is difficult to determine in the case of illegal wildlife trade
Illicit profit (B)	14/32 = 44%
Temporality factor (a)	13/32 = 41%
Degree of environmental affectation (i)	25/32 = 78%
Mitigating circumstances (A)	4/32 = 13%
Aggravating circumstances (A)	4/32 = 13%
Associated costs (Ca)	9/32 = 28%
Socio-economic capacity of the infringer (Cs)	6/32 = 19%
No variable is difficult to determine	0/32 = 0%

Additionally, more than half of the surveyed public officials consider that the Methodology for the Calculation of Fines, and the way in which it has been formulated, causes some regional and local

environmental authorities to refrain from imposing fines on the illegal trade of wild fauna (Fig. 2). Accordingly, most of the officials believe that the mentioned methodology should be modified in some aspects (Fig. 3).



FIGURE 2. PUBLIC OFFICIALS' RESPONSE TO THE QUESTION: DO YOU THINK THAT THE WAY IN WHICH THE METHODOLOGY FOR THE CALCULATION OF FINES HAS BEEN FORMULATED CAUSES SOME COLOMBIAN REGIONAL OR LOCAL ENVIRONMENTAL AUTHORITIES TO REFRAIN FROM IMPOSING FINES ON THOSE WHO HAVE COMMITTED ILLEGAL TRADE OF WILD FAUNA?

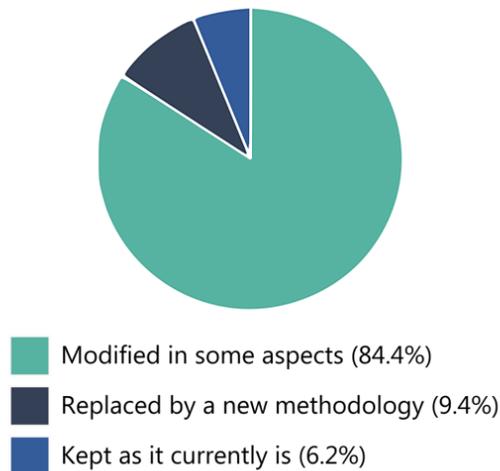


FIGURE 3. PUBLIC OFFICIALS' RESPONSE TO THE QUESTION: SHOULD THE METHODOLOGY FOR THE CALCULATION OF FINES BE MODIFIED, REPLACED BY A NEW METHODOLOGY, OR KEPT AS IT CURRENTLY IS?

Finally, below, the opinion that public officials have regarding the main difficulties that each of them has detected when applying the Methodology for the Calculation of Fines in the case of illegal trade of wild fauna:

Illicit profit (B):

- There is no standardized range to determine whether *Capacity to detect the behavior by the environmental authority (p)* is high, medium, or low.
- *Illicit profit (B)*, as well as *Direct income from the activity (y₁)*, are difficult to calculate, since the price of the specimens of fauna and flora in the illegal market is unknown.
- It is not possible to accurately determine the value of *Infringer's avoided costs (y₂)*, since the activities of illegal wildlife trade are not regulated, and, therefore, there is no administrative procedure that has been evaded by the illegal trader of wild fauna.

Temporality factor (α):

The determination of the temporality factor is difficult, because, in most cases, the illegal traders of wild fauna are in flagrante delicto, and, therefore, the duration of these illicit acts is unknown.

Degree of environmental affectation (i):

- It is complex to estimate the environmental affectation, since, in order to calculate this variable, it would be necessary to have information about the specimen illegally traded and the ecosystem to which it belongs, as well as detailed population statistics that allow for executing reliable estimates. However, such information is not generally available.
- It is difficult to calculate *Importance of the affectation (I)*, specifically, the attributes that compose it [i.e., *Intensity (IN)*, *Extension (EX)*, *Persistence (PE)*, *Reversibility (RV)*, and *Recoverability (MC)*], since these cannot be determined when specimens of fauna have been affected; instead, those attributes were designed to be determined on affectations that fall on any of the three natural resources of water, air, or soil.
- It is difficult to determine the “deviation” in the attribute *Intensity (IN)*.

General aspects of the Methodology for the Calculation of Fines:

- The variables of the equation are not pertinent or appropriate to determine the fine in the case of illegal use or exploitation of wild fauna.
- The methodology becomes confusing, inapplicable, or subjective when it comes to evaluating cases of illegal trade of wild fauna. Instead, this methodology is appropriate to other environmental infractions such as pollution or others.

- Lastly, the complete and original answers of each of the public officials surveyed are available in Appendix S2.

4. DISCUSSION

In this research, I identified that regional and local environmental authorities of Colombia have several reasons not to impose fines on the illegal trade of wild fauna. Some reasons are related to characteristics of the infringer; in this way, if the environmental authority identifies that the illegal trader of wild fauna does not have the capacity to pay the fine, then it does not impose this specific sanction in order to avoid an “administrative wear” when collecting the fine. Additionally, sometimes the fine cannot be imposed, due to the impossibility of identifying or locating the infringer.

Other reasons are related to the unwillingness of the environmental authorities to impose the fine, since they consider that the illegal trade of wild fauna is a matter of minor importance. Or, on the other hand, it may happen that regional and local environmental authorities do not impose fines because in its own jurisdiction what predominates are voluntary deliveries of wild fauna, and, in such cases, they consider it is not necessary to impose fines.

Lastly, there are reasons that are directly related to the Methodology for the Calculation of Fines (which is the regulation that Colombian environmental authorities must apply to determine the amount of these fines). The results of the applied survey allowed identifying that this methodology is the most important cause of the low application of fines on illegal trade of wild fauna in Colombia. This is because it is a methodology that does not serve the purpose of estimating fines for infringements related to this illicit activity. In other words, although environmental authorities have the will to impose fines on the illegal trade of wild fauna, they cannot apply that sanction because the methodology they must use to calculate the fines was not designed for such cases.

The specific reason behind this non-applicability of the Methodology for the Calculation of Fines is the fact that it is a methodology that does not provide the possibility of calculating the environmental affectation (i.e., variables *IN*, *EX*, *PE*, *RV*, and *MC*; and therefore, variables *I* and *i*) that is generated from infringements that impact fauna. Conversely, the way in which the methodology was designed only allows for determining of the environmental affectation when water, air, or soil are the natural resources impacted upon by environmental infringements (which, generally, are committed by the industrial sector).

The above assertions were highlighted by the surveyed public officials when they were asked to openly state their perception regarding both the causes that motivate the low frequency of fines imposition on the illegal trade of wild fauna in Colombia, and the main difficulties they have detected when applying the Methodology for the Calculation of Fines on this illicit activity. Besides, those answers are also consistent with the following survey results: a) 81% of the public officials

responded that the methodology is difficult to apply in cases of illegal trade of wild fauna; b) 56% of the public officials stated that the methodology (and the way in which it was formulated) causes environmental authorities to refrain from imposing fines on illegal trade of wild fauna (Fig. 2); and c) 78% of the public officials indicated that the variable *Degree of environmental affectation* (*i*) is difficult to determine in the case of this particular illicit activity (Table 2).

The latter statements are particularly relevant, because they highlight the most probable chain of adverse consequences that follow them: if fines cannot be calculated in cases of illegal trade of wild fauna in Colombia, then fines cannot be imposed on such infringements, and thus, little or no deterrence can be generated on this illicit activity. In this manner, it is noteworthy that as long as legislative and enforcement loopholes exist (such as that of the Methodology for the Calculation of Fines), illegal wildlife traders will take advantage of it and continue to commit their illicit activity (UNODC, 2020).

Nevertheless, despite the previous findings, the survey also showed that: a) 47% of the public officials agree that the most common sanction to impose on illegal trade of wild fauna is composed of definitive seizure of specimens and a fine (Table 1); b) 44% of the public officials consider that fines are always or almost always imposed by environmental authorities on illegal trade of wild fauna (Fig. 1); and c) 44% of the public officials think that the way in which the methodology has been formulated does not refrain Colombian environmental authorities from imposing fines on illegal trade of wild fauna (Fig. 2). This indicates that, although the Methodology for the Calculation of Fines is useless in infringements of illegal wildlife trade of wild fauna, it has not completely impeded regional and local environmental authorities from sanctioning this illicit activity with fines. According to the results of the survey, this imposition of fines is being achieved through a certain degree of discretion that public officials of some environmental authorities are applying when using the referred methodology.

This last situation, although it is well-intentioned, might not be entirely appropriate. As Del Valle (2014) clearly explains about the principles that govern the environmental administrative sanctioning procedure (Law 1333/2009), Colombian environmental authorities must apply the rules and procedures established to enforce administrative sanctions, where any excess by the environmental authority will be considered in breach of the principle of legality. Therefore, the subjective adjustment of the methodology's criteria (especially, of the variables *Degree of environmental affectation* [*i*] and *Importance of the affectation* [*I*]) that some public officials are performing with the purpose of calculating fines on illegal trade of wild fauna, may not be compliant with that principle.

Consequently, in order to remediate these two undesired scenarios that, according to this study, are presented within the punishment of illegal trade of wild fauna in Colombia [i.e., a) Some regional and local environmental authorities refrain from imposing fines on this illicit activity; and b) Some regional and local environmental authorities are sanctioning this illicit activity with fines

that do not comply with the principle of legality], it is necessary to modify the Methodology for the Calculation of Fines (or to formulate a new one).

Considering the previous needs, four key aspects that should be taken into account when calculating fines on illegal wildlife trade are presented below. These aspects, along with the difficulties pointed out by the surveyed public officials (which are summarized in the Results section), could be contemplated at the moment of modifying or creating a new methodology in Colombia. The four key aspects are:

- Fines should consider the socio-economic capacity of the infringer (Felbab-Brown, 2017), in conformity with Art. 40, Paragraph 2 of Law 1333/2009.
- Fines should be higher than the illicit profit (i.e., estimated commercial value of the specimens in the black market) (Wyatt, 2013; Zimmerman, 2003).
- Fines should be commensurate with the environmental affectation (or gravity of the environmental infringement) generated (World Wildlife Fund [WWF], 2016). In this manner, the referred affectation should be established based on the threat status (Lowther, Cook, & Roberts, 2002; St. John, Edwards-Jones, & Jones, 2012) and value of the affected species, which in turn must be determined by its ecosystem functions, particular characteristics, and the level of threat to which it is subjected (in conformity with Art. 7, numeral 11 of Law 1333/2009).
- Additionally, according to the UNODC (2018), the cost of rehabilitating the specimens involved should also be considered when determining the fines on the illegal trade of wild fauna; however, in the case of the Colombian environmental administrative judicial system, such cost must be charged to the infringer through the imposition of the *Restitution of specimens of wildlife species* sanction stipulated in Art. 40, numeral 6 of Law 1333/2009 (see also Art. 2 of Resolution 2064/2010).

Lastly, it is pertinent to mention that three caveats should be considered when analyzing the findings of this research: In the first place, once the Government of Colombia has enacted a methodology for the calculation of administrative fines that could be used adequately in infringements of illegal trade of wild fauna, the regional and local environmental authorities (and their public officials) must have the willingness to use that methodology, as well as to impose such sanction. Otherwise, it would be useless to have fines available in the legislation, and a suitable regulation for its estimation, if they are not applied as a punishment (UNODC, 2012).

Secondly, although this research encourages the use of fines to punish and deter the illegal trade of wild fauna, it is important to clarify that it is not a rule of thumb that fines are the only sanc-

tion that should be imposed on this illicit activity (UNODC, 2018). As indicated in the introductory section, there are seven sanctions available in Law 1333/2009, of which Colombian environmental authorities may select a maximum of three to impose on environmental infringers. Therefore, in the case of illegal trade of wild fauna, regional and local environmental authorities must decide which is the most suitable sanction (or combination of sanctions) to apply to each particular infringer (Nurse, 2015).

Thirdly, and finally, it should be noted that fines generally produce a deterrent effect on individuals (Prinsloo, Riley-Smith, & Newton, 2020), with the exception of two types of infringers (Harrison et al., 2015; Wyatt, 2013): 1) individuals belonging to chronically poor households who have no alternative but to engage in illegal wildlife trade, and who are unable to pay the fines; and 2) the top-level criminals of the wildlife trafficking network, who can afford to pay fines or bribes. Consequently, on the first type of infringers, Colombian environmental authorities should not impose fines, but other sanctions such as community service, or attendance to education programs about conservation of species (Wyatt, 2013), as also indicated by some of the surveyed public officials. And in the case of the second type of infringers, Colombian environmental authorities must sanction them according to the seriousness of the infringement (Morgera & Wingard, 2008), and additionally, should forward the case to the criminal jurisdiction, in order to (whenever possible and appropriate) charge and judge such offenders under a combination of relevant offences (e.g., fraud, conspiracy, corruption, possession of weapons, tax evasion, racketeering) that lead to the highest penalties (ICCWC, 2016; UNODC & Asia/Pacific Group on Money Laundering, 2017).

5. CONCLUSION

Colombia, the third most megadiverse country on Earth, does not have a suitable regulation within its environmental legislation to impose fines on the illegal trade of wild fauna. Specifically, this statement indicates that Colombia's Environmental Administrative Sanctioning Procedure (Law 1333/2009) does not have a suitable Methodology for the Calculation of Fines in the case of this particular illicit activity.

The referred methodology, although should be able to be used by Colombian environmental authorities to estimate the fines to be imposed on all those who commit illegal trade of wild fauna, does not currently achieve such purpose. Which is due to the fact that this methodology does not provide for the possibility of calculating the *Degree of environmental affectation* that is generated on fauna due to environmental infringements.

This loophole in the Methodology for the Calculation of Fines has generated two types of behaviors in the regional and local environmental authorities of Colombia: 1) Some have refrained from imposing fines on the illegal trade of wild fauna; 2) Others have opted to make some modifications to the methodology (particularly, to the *Degree of environmental affectation* variable), in order to

calculate and, therefore, impose fines on this illicit activity. However, neither of the two previous behaviors are suitable, either from the point of view of the functions (e.g., deterrence) or the guiding principles (e.g., legality) of the imposition of sanctions. In this manner, it could be stated that currently, Colombia's law enforcement capabilities to fight against illegal trade of wild fauna are highly limited and in urgent need of improvement.

Due to all of the above, this research calls for the Government of Colombia to enact a methodology (either new or modified) for the calculation of fines, which must be compatible with the inherent characteristics and environmental affectations of the illegal wildlife trade of wild fauna. This is imperative to be done, if the desire is to protect and conserve the valuable and irreplaceable biodiversity of Colombia.

Acknowledgments

I thank all the public officials who responded the survey, as well as the peer reviewers of this manuscript. I also thank Juan Ricardo Gómez Serrano and Andrés Gómez Rey, for having directed my master's thesis (from which this research emanated); and Juan David Amaya and Cristian A. Carabaly, who evaluated the referred thesis. Finally, I warmly thank Tiberio A. Ramírez and Elba M. Zamudio for the unconditional support and love they have given me as parents.

REFERENCES

- Butler, R. A. (2016, May 21). *The top 10 most biodiverse countries: What are the world's most biodiverse countries?*. Mongabay. <https://news.mongabay.com/2016/05/top-10-biodiverse-countries/>
- Cardona González, Á. H. (2012). Análisis y comentarios a las actuales sentencias sobre constitucionalidad del régimen sancionatorio ambiental colombiano. In *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo XII* (pp. 513-542). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia (2009). Ley 1333, *por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones*.
- Connelly, B., & Peyronnin, H. (2021). *Taking off: Wildlife trafficking in the Latin American and Caribbean region*. ROUTES Partnership. Retrieved from: https://www.traffic.org/site/assets/files/14510/routes_taking_off_report.pdf
- Contraloría General de la República (2005). Comercio de bienes derivados de la vida silvestre. In *Estado de los Recursos Naturales y del Ambiente 2004-2005* (pp. 111-213). Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Contraloría General de la República (2014a). Análisis de la política de gestión ambiental de fauna silvestre y de la estrategia para la prevención y el control del tráfico ilegal de especies silvestres 2008-2013. In *Informe del Estado de los Recursos Naturales y del Ambiente 2013-2014* (pp. 303-407). Bogotá D.C.: Contraloría General de la República.

- Contraloría General de la República (2014b). Dictamen de la evaluación a la Estrategia Nacional para la Prevención y el Control del Tráfico Ilegal de Especies Silvestres. In *Evaluación a la política nacional de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos* (pp. 15-18). Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Cruden, J. C., & Gualtieri, D. S. (2016). Toward a more coordinated, integrated response to wildlife trafficking and other natural resource crime. *University of Pennsylvania Asian Law Review*, 12, 23-64.
- Del Valle, E. J. (2014). *Aplicación de los principales principios constitucionales y legales en el régimen sancionatorio ambiental colombiano (Ley 1333 de 2009)*. Bogotá D.C.: Brigard & Urrutia.
- Departamento Administrativo de la Función Pública (2011). Decreto 3570, *por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y se integra el Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible*.
- Einat, T. (2014). History of Fines. In G. Bruinsma & D. Weisburd (Eds.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* (pp. 2149-2153). New York: Springer. Doi: <https://doi.org/10.1007/978-1-4614-5690-2>
- Felbab-Brown, V. (2017). *The Extinction Market: Wildlife Trafficking and How to Counter It*. United States of America: Oxford University Press.
- Harrison, M., Roe, D., Baker, J., Mwedde, G., Travers, H., Plumptre, A., . . . Milner-Gulland, E. J. (2015). *Wildlife crime: A review of the evidence on drivers and impacts in Uganda*. London: IIED. Retrieved from: <https://pubs.iied.org/17576iied>
- Hillsman, S. T. (1990). Fines and Day Fines. *Crime and Justice*, 12, 49-98.
- International Consortium on Combating Wildlife Crime (2016). *ICWC Indicator Framework for Combating Wildlife and Forest Crime: A self-assessment framework for national use*. United Nations. Retrieved from: https://www.unodc.org/documents/Wildlife/Indicator_Framework_e.pdf
- Lowther, J., Cook, D., & Roberts, M. (2002). *Crime and punishment in the wildlife trade*. WWF-UK. Retrieved from: <https://www.traffic.org/site/assets/files/10052/crime-and-punishment.pdf>
- López, C. E., & López, I. (2003). *Manual del Sistema Nacional Ambiental: Análisis y Propuesta del SINA*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2012). *Estrategia Nacional para la Prevención y Control del Tráfico Ilegal de Especies Silvestres: Diagnóstico y Plan de Acción Ajustado*. Colombia: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Retrieved from: <https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2021/10/Estrategia-Nacional-para-la-Prevencio%CC%81n-y-Control-del-Tra%CC%81fico-Ilegal-de-Esp.pdf>
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2010). *Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental: Manual conceptual y procedimental*. Colombia: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Retrieved from: https://www.anla.gov.co/documentos/normativa/regimen_sancionatorio/metodologia_calculo_multas_por_infraccion_a_la_normativa_ambiental.pdf

- Ministerio del Medio Ambiente (2002). *Estrategia Nacional para la Prevención y el Control del Tráfico Ilegal de Especies Silvestres*. Bogotá D.C.: Ministerio del Medio Ambiente (Colombia). Retrieved from: <https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2021/10/Estrategia-Nacional-para-la-Prevencion-Trafico-Ilegal-de-especies.pdf>
- Molina, A. G. (2014). *Las autoridades del sistema nacional ambiental: Un análisis desde la política pública*. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.
- Morgera, E., & Wingard, J. (2008). *Principles for developing sustainable wildlife management laws*. Food and Agriculture Organization of the United Nations. Retrieved from: <http://www.fao.org/3/bb108e/bb108e.pdf>
- Nurse, A. (2015). *Policing Wildlife: Perspectives on the Enforcement of Wildlife Legislation*. London: Palgrave Macmillan UK. Doi: <https://doi.org/10.1057/9781137400017>
- Prinsloo, D., Riley-Smith, S., & Newton, D. (2020). *Trading years for wildlife: An investigation into wildlife crime from the perspectives of offenders in Namibia*. Cambridge: TRAFFIC International.
- Procuraduría General de la Nación (2006). *Informe preventivo: Diagnóstico del manejo y disposición de especímenes decomisados de fauna silvestre en Colombia*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia.
- Ratchford, M., Allgood, B., & Todd, P. (2013). *Criminal nature: The global security implications of the illegal wildlife trade*. Massachusetts: International Fund for Animal Welfare (IFAW).
- Sollund, R., & Maher, J. (2015). *The illegal wildlife trade: A case study report on the illegal wildlife trade in the United Kingdom, Norway, Colombia and Brazil (A study compiled as part of the EFFACE project)*. European Union Action to Fight Environmental Crime (EFFACE). Retrieved from: https://efface.eu/sites/default/files/EFFACE_Illegal%20Wildlife%20Trade_revised/index.pdf
- St. John, F. A. V., Edwards-Jones, G., & Jones, J. P. G. (2012). Opinions of the public, conservationists and magistrates on sentencing wildlife trade crimes in the UK. *Environmental Conservation*, 39(2), 154-161. Doi: <https://doi.org/10.1017/S037689291200001X>
- United Nations Office on Drugs and Crime (2012). *Wildlife and Forest Crime Analytic Toolkit*. New York: United Nations.
- United Nations Office on Drugs and Crime (2018). *Guide on Drafting Legislation to Combat Wildlife Crime*. Vienna: United Nations.
- United Nations Office on Drugs and Crime (2020). *World Wildlife Crime Report: Trafficking in protected species*. New York: United Nations.
- United Nations Office on Drugs and Crime, & Asia/Pacific Group on Money Laundering (2017). *Enhancing the detection, investigation and disruption of illicit financial flows from wildlife crime*. United Nations Office on Drugs and Crime. Retrieved from: https://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/Publications/2017/FINAL_-_UNODC_APG_Wildlife_Crime_report.pdf

World Wildlife Fund (2016). *Sentencing wildlife trade offences in England and Wales: consistency, appropriateness and the role of sentencing guidelines*. Surrey: WWF-UK.

WWF-Colombia. (2017). *Living Colombia: A megadiverse country facing the future (2017 Report)*. Cali, Colombia: WWF-Colombia.

Wyatt, T. (2013). *Wildlife Trafficking: A deconstruction of the Crime, the Victims and the Offenders*. Hampshire: Palgrave Macmillan.

Zimmerman, M. E. (2003). The Black Market for Wildlife: Combating Transnational Organized Crime in the Illegal Wildlife Trade. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36, 1657-1689.

Social Representations of Water Resources and Services in the COVID-19 Era

*Representaciones sociales de los recursos y
servicios hídricos en la era covid-19*

JOSÉ MARCOS BUSTOS AGUAYO

Doctor in Psychology, Research Professor, National Autonomous
University of Mexico, Zaragoza, Faculty of Higher Studies
marcos.busto@snam.mx <https://orcid.org/0000-0003-3423-596X>

MARGARITA JUÁREZ NÁJERA

Doctor in Social Sciences, Research Professor, Autonomous
Metropolitan University, Azcapotzalco Unit
mjn@azc.uam.mx <https://orcid.org/0000-0002-7447-8213>

FRANCISCO RUBÉN SANDOVAL VÁZQUEZ

Doctor in Political Science, Research Professor, Autonomous
University of the State of Morelos, Faculty of Higher Studies Cuautla
fsandoval@uaem.mx <https://orcid.org/0000-0002-6086-7197>

CRUZ GARCÍA LIRIOS

Doctor in Complex Political Studies, Research Professor, Autonomous
University of the State of Mexico, Huehuetoca Professional Academic Unit
cgarciali@uaemex.mx <https://orcid.org/0000-0002-9364-6796>

Abstract

The Sustainable Development Goals (SDGs) have drawn attention to the issues related to water resources. Scarcity and insalubrity have been invoked by social representations aiming to link the SDGs with sustainable residential use. The analysis of press releases on the supply and consumption of water allows us to explain the phenomenon. The objective of this work was to explain the framing of the press, based on their articles during the 2019-2022 period. Reports alluding to the residential use of water as a mean to prevent COVID-19 by washing cutlery, hands, personal hygiene, and food were considered. The results show that the articles that quoted the World Health Organization were more credible than those quoting the press conferences of the Mexican government, regarding risk management.

KEYWORDS

COVID-19, Agenda Setting, Verisimilitude Framing, Water Resources, Social Representations.

Resumen

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) han hecho hincapié en los problemas de los recursos hídricos. La escasez, la insalubridad y la escasez se han abordado desde las representaciones sociales para vincular los ODS con el uso residencial sostenible. El análisis de las notas de prensa sobre el suministro y consumo de agua nos permite explicar el fenómeno. El objetivo de este trabajo fue explicar el encuadre de la prensa a partir de sus notas durante el periodo de 2019 a 2022. Se consideraron los informes alusivos al uso residencial del agua como prevención del COVID-19 en torno al lavado de utensilios, manos, higiene personal e ingestión. Los resultados muestran que las notas relacionadas con la Organización Mundial de la Salud fueron más creíbles que las alusivas a las conferencias del gobierno mexicano en materia de gestión de riesgos.

PALABRAS CLAVE

COVID-19, Establecimiento de agenda, Marco de verosimilitud, Recursos hídricos, Representaciones sociales.

1. INTRODUCTION

By January 2022, the pandemic has led to the death of 6 million people worldwide, although governments recognize underreporting deaths from atypical pneumonia that could reach 20 million (García, 2020). The Mexican government recognizes 300,000 deaths from COVID-19, but its population ministry recognizes a surplus of 300,000 deaths associated with atypical pneumonia (García et al., 2021). The number of deaths associated with the pandemic would reach a total of 600 thousand in Mexico.

Within the framework of the Sustainable Development Goals (SDG), the section concerning water resources recognizes scarcity and insalubrity as water issues that are associated with environmental public health (Hernández et al., 2018). The governments committed to the SDGs direct their policies towards the supply of water in places with scarcity, the sanitation of wastewater to prevent unhealthy conditions, and public investment to counteract an increase in service rates.

The pandemic disrupts the SDGs in terms of water resources and health (Carreon et al., 2017). The relationship between the SDGs and COVID-19 opens the discussion around government risk communication on residential water use (Valdés et al., 2018). The press has disseminated water policies and needs during the pandemic (García et al., 2016). Press releases report on social representations of water resources: Officials recognize an increase in cost and a reduction in service quality (García, 2021). Users demand a greater subsidized or condoned supply in exchange for voting in favor of local candidates.

The relationship between authorities and users of public services has been a central issue on the media agenda (Anaya, 2014). Water resources have been a central issue as a strategic resource for quality of life and subjective well-being in the face of the pandemic (Carreon et al., 2014). Printed media with a national circulation have reported the corruption of local authorities in the increment of deregulated rates (Gomera et al., 2013).

Scarcity, unhealthiness, and famine have been central issues on the public health agenda (McCombs, 1996). The press spreads news about millions of children dying from waterborne diseases in countries with a high rate of water scarcity. Intermittent water supply with increasing rates (Gudynas, 2010). Localities spend 20% of their income on the purchase of water products (Pérez & Soler, 2013).

The press attributes responsibilities to the authorities; exonerates users who have regular access to drinking water; justifies the consumption of water in the soft drink and pharmaceutical industries (Martínez et al., 2019). The press sets an agenda around water resources (Carreon et al., 2014). The agenda established by the press results from the exchange of information between the involved agents (García et al., 2016). The differences between the involved parties generate informative biases to justify rate increases, consumerism, conflicts, or restrictive policies of the

water supply (Flores, 2013). The press establishes an agenda that involves the reaction of organized civil society groups against the performance of their authorities regarding the quality of water services. The press reports on the availability of water in reference to local needs (Hernandez et al., 2018). The press spreads closures of avenues, boycotts of pipe installations or kidnappings of water delivery trucks (Vázquez et al., 2017).

The objective of this paper is to explain the theoretical dimensions of the dissemination of the press regarding the water problems of scarcity, unhealthiness, and famine, considering press releases related to local policies and needs in Mexico City during the pandemic.

Are there significant differences between press releases regarding the water problems of scarcity, unhealthiness, and famine in Mexico City during the pandemic?

The premises that guide this research suggest: 1) The pandemic mitigation and containment policies consist of the confinement and distancing of people, redirecting residential water consumption; 2) The water problems of scarcity and insalubrity in Mexico City during the pandemic have modified residential water consumption; 3) The press have publicized residential water consumption based on water problems; 4) The social representations that are built from the dissemination of water problems consist of peripheral symbols of subsidy and forgiveness of local water services; 5) The conflicts between the rulers and the ruled can be explained and anticipated from the social representations of water problems spread by the press.

Social representations are visions of the everyday world that are historically constructed while the diffusion of the media intensifies their audiences (Bustos et al., 2017). The press reduces water policy to opinions, cultivating two logics: verifiability and plausibility of information.

The credibility of information emerges in the social representations of non-expert audiences (García et al., 2016). The data on the pandemic and the intensive use of water to disinfect cutlery, personal hygiene or laundry are credible if images predominate instead of discourses (Lirios, 2005). The verifiability of the information underlies the representations of compared data (Bustos, Juárez & García, 2019). The data on water problems are credible if they are contrasted with other data from other cities in the world.

The credibility and verifiability of information increase the prestige of the press (Valdés et al., 2019). Data on COVID-19 and water problems increase water consumption if users sense the end of the pandemic. On the other hand, if the data refers to a prolonged pandemic in terms of waves of contagion, water consumption decreases because social despair appears.

2. METHODOLOGY

Design: Non-experimental, retrospective, documentary, and exploratory study.

Sample: Press releases of national circulation during the 2019-2022 period, considering the dissemination of water problems; scarcity, unhealthiness, and famine in Mexico City.

Instrument: Delphi inventory. It includes press releases on water problems; scarcity, unhealthiness, and famine in Mexico City. for the 2019-2022 period (see Table 1).

TABLE 1. DESCRIPTIVE OF THE SAMPLE OF PRESS RELEASES

	Shortage				Insalubrity				Famine			
	2019	202	2021	2022	2019	2020	2021	2022	2019	2020	2021	2022
Universal	4	2	3	1	4	5	2	1	5	4	4	1
Jornada	3	4	2	0	3	4	3	0	4	3	5	0
Pais	5	3	1	0	3	3	1	1	3	5	4	0
Reforma	4	1	3	0	5	4	1	1	5	5	3	0

Source: The authors

Procedure: Expert judges in water problems and environmental public health evaluated the press releases (see Table 2), granting: 0 for the absence of plausibility and verifiability, +1 for the dissemination of plausibility, +2 for the dissemination of verifiability, +3 for the spread of plausibility and verifiability.

TABLE 2. DESCRIPTION OF THE JUDGES

Sex	Age	Discipline	Entry	Antiquity
Male	46	Psychology	39'892.00	10 years
Feminine	53	Communication	47'891.00	20 years
Feminine	37	Sociology	39'821.00	12 years
Male	58	Psychology	33'986.00	25 years
Male	68	Sociology	34'871.00	30 years
Feminine	49	Management	29'903.00	24 years
Feminine	38	Economy	31'976.00	15 years

Source: Prepared with study data

Analysis: Non-parametric distribution with mean, standard deviation was estimated. The null hypothesis test was calculated with chi square. The contrast of the model was performed with the fit and residual parameters.

3. RESULTS

Table 3 shows the descriptive values of the qualifications the expert judges gave to the press releases on the water problems of scarcity, unhealthiness, and famine, considering the diffusion of the press in Mexico City during the pandemic.

TABLE 3. DESCRIPTIVE RESPONSES OF JUDGES

	j1	j2	j3	j4	j5	j6	j7
Valid	127	127	127	127	127	127	127
missing	0	0	0	0	0	0	0
Mean	1,354	1984	2,102	1,480	1,504	1929	1,488
Std . deviation	0.512	0.724	0.744	0.502	0.677	0.726	0.517
Skewness	0.613	0.024	-0.285	0.080	0.999	0.109	0.222
Std . Error of Skewness	0.215	0.215	0.215	0.215	0.215	0.215	0.215
kurtosis	-0.700	-1,070	-0.771	-2,026	-0.207	-1,079	-1,553
Std . Error of kurtosis	0.427	0.427	0.427	0.427	0.427	0.427	0.427
Shapiro-Wilk	0.666	0.809	0.821	0.636	0.702	0.807	0.666
P-value of Shapiro-Wilk	< .001	< .001	< .001	< .001	< .001	< .001	< .001
Minimum	0.000	1,000	0.000	1,000	1,000	1,000	1,000
Maximum	3,000	3,000	3,000	2,000	3,000	3,000	3,000

Source: The authors

Once the non-parametric distribution was established, and the null hypothesis, regarding the significant differences between the press releases, was tested, we proceeded to estimate the relationship matrix between the categories of likelihood and verifiability of the 127 press releases with respect to the ratings of judges (see Table 4).

TABLE 4. FACTOR LOADS

	Factor 1	Factor 2	uniqueness
j1			0.933
j2		-0.802	0.399
j3		0.531	0.715
j4	-0.561		0.703
j5	0.781		0.360
j6		0.603	0.449
j7	0.685		0.568

Note. Applied rotation method is promax .

Source: The authors

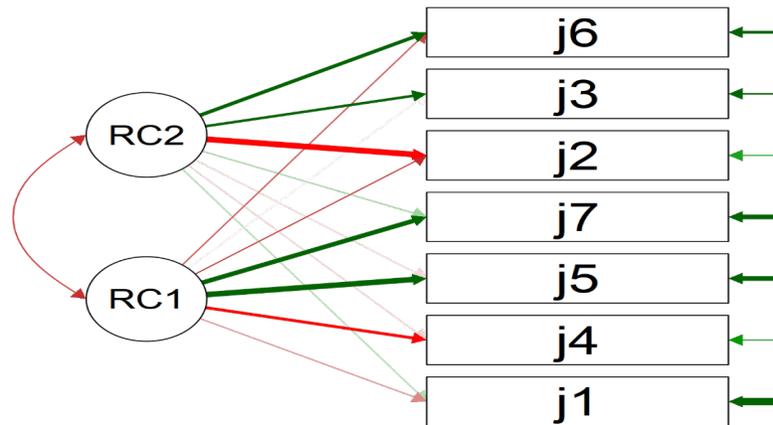
The results show the prevalence of plausibility and verifiability factors as strategic diffusions of water problems in the COVID era. The tests of adequacy and sphericity of the results to the study sample suggested the contrast of the null hypothesis on the significant differences between the diffusion theory of plausibility and verifiability with respect to the observed data (see Table 5).

TABLE 5. KAYSER MEYER OLKING TEST

	MSA
Overall MSA	0.681
j1	0.781
j2	0.568
j3	0.699
j4	0.760
j5	0.679
j6	0.670
j7	0.704

Source: The authors. Sphericity test [$\chi^2 = 158.197$ (21 df) $p < 0.001$]

The exploratory factor analysis model warns that the notes examined by the judges are structured around the diffusion of plausibility and the diffusion of verifiability. In other words, the press disseminates both strategies for readers who believe in data and photographs, as well as for readers who tend to compare information between different sources (see Figure 1).



Source: The authors

FIGURE 1. PRINCIPAL AXES EXPLORATORY FACTOR ANALYSIS MODEL WITH PROMAX ROTATION

The fit parameter $\chi^2 = 2.173$ (8 df) $p > 0.975$;] shows the non-rejection of the hypothesis of significant differences between the theoretical dimensions of plausibility and verifiability with respect to the data obtained.

4. DISCUSSION

The contribution of this work to the state of the art lies in the contrast of a model for the study of the theoretical dimensions of plausibility and verifiability around the diffusion of water problems in Mexico City, considering the framework of the pandemic. The two preponderant factors were found in the qualifications of expert judges on the subject with a sample of 127 analyzed press releases.

In relation to the studies by García (2011); Sandoval et al. (2018); Pérez, Aguilar, and García (2019); where water problems are axes and central themes of the press' agenda, this work suggests that both dimensions of plausibility and verifiability were in force in the review of press releases during the pandemic. Lines of study concerning the effects of the dissemination of plausibility and verifiability in the risk behaviors of the users of the water service will allow anticipating vulnerability scenarios.

Regarding the theory of social representations that place verisimilitude and verifiability as explanatory dimensions of daily life and historicity in water consumption, this study found that both dimensions continued to be valid in the dissemination of the press during the pandemic. Social representations explain the scarcity, and insalubrity of water resources through objectification, anchoring, and naturalization. Objectification refers to water availability as abundant or scarce.

The anchoring suggests that the abundance of water is related to consumption and scarcity to saving. Naturalization considers that the pandemic generated a shortage and therefore saving water was necessary. In the present work, the dissemination of images and data related to water scarcity could have led to savings, but the spread of an extensive pandemic generated an objectification of prolonged confinement and distancing, activating despair. Future studies will corroborate this hypothesis of despair that translates into consumption, not because of an objectification of water abundance, but because of an objectification of an endless pandemic.

5. CONCLUSION

The objective of this work was to reveal the theoretical dimensions of plausibility and verifiability in press releases regarding water problems in the COVID-19 era. The theory proposes that both dimensions, verifiability and plausibility, are related to the spread of scarcity and insalubrity by the press. Verifiability and plausibility have been inferred as responses of readers to information related to natural resources. Water resources considered scarce are preserved, and, if they are assumed to be abundant, they are consumed in excess. The diffusion of the press encourages readers to grant greater credibility to data and images where the scarcity or abundance of water resources is exhibited. That same information encourages readers to move towards comparing sources. The plausibility and verifiability of the water problems explains the representations of the resources. Objectification, anchoring, and naturalization are dimensions that explain information processing. Objectification consists of visualizing the abundance or scarcity of resources. Anchoring lies in associating scarcity with savings and abundance with consumption. Naturalization refers to the promotion of savings or consumption based on abundance and scarcity. Social representations had explained the influence of the press on readers, but the pandemic changed that process. The press that spread a scarcity of resources and an endless pandemic created hopelessness in readers. In the present work, it was found that both plausibility and verifiability continued during the pandemic. The relationship between scarcity and savings was broken. The press systematically spread the scarcity and abundance of water resources, but subject to an endless pandemic. The contrast of the hypothesis that the agenda was modified by the coverage of the pandemic will explain the saving or consumption of water in the residences of readers.

REFERENCES

- Anaya, G. (2014). Anthropocentrism: a misconception *Entretextos*, 6 (7): 1-12.
- Bustos, JM, Juarez, M. & Garcia, C. (2019). Discussion of a theoretical review alluding to sustainable behavior and the governance of common goods. *People and Technology Management*, 34, 1-14
- Bustos, JM, Juarez, M., Carreon, J., Quintero, M.L., Sandoval, F.R., Espinoza, F. & Garcia, C. (2017). Press coverage around the water problem in the political election. *International Journal of Environment, Agriculture and Biotechnology*, 3 (7), 1-20

- Carreón Guillén, J., Amemiya Ramírez, M., Bustos Aguayo, JM, Juárez Nájera, M., Limón Domínguez, GA, Pérez Ortega, MI, & García Lirios, C. (2017). Local Development Governance: Towards a Social Work device for water sustainability. *Realities Journal of the Faculty of Social Work and Human Development*, 6 (2), 39–51. Retrieved from <https://realidades.uanl.mx/index.php/realidades/article/view/a2a2n2>
- Carreón Guillén, J., Hernández Valdés, J. & García Lirios, C. (2014). Empirical testing of an agenda setting model. *University Act*, 24(3), 50-62. doi : 10.15174.au.2014.598 _
- Flowers, R. (2013). Research of the social representations of the environment in Brazil and Mexico. 13(1):1-20
- García Lirios C., Carreón Guillén J., Hernández Valdés J., Bustos Aguayo JM, & Aguilar Fuentes JA (2016). Specification of a model of sociopolitical hyperopia. *Luna Azul Magazine (On Line)*, (42), 270 - 292. Retrieved from <https://revistasojs.ucaldas.edu.co/index.php/lunazul/article/view/1619>
- García Lirios, C. (2020). Dimensional meta-analysis of trust: implications for social communication of covid-19. *QUOTES*, 6 (1). <https://doi.org/10.15332/24224529.6233>
- García Lirios, C. (2021). Water Scenario in Mexico City: Review 2019-2021. *Spaces Geography Magazine*, 11 (21), 48-63. <https://doi.org/10.25074/07197209.21.1895>
- García Lirios, C., Carreón Guillén, J., Bustos Aguayo, J., & Juárez Najera , M. (2016). Scenarios related to agenda setting for transgenerational governance of water resources and services. *Civilize: Social And Human Sciences*, 16 (31), 83-112. <https://doi.org/10.22518/16578953.644>
- García Lirios, C., Hernández Valdés, J., & Molina González, M. (2021). modeling the perception of security in the Covid-19 era. *Journal of Academic Research Without Border: Division of Economic and Social Sciences*, (36). <https://doi.org/10.46589/rdiasf.vi36.411>
- García, C. (2011). Water participation mediation in Iztapalapa. In Pihedraita J. (ed.). *Social management for human development*. (pp. 521-547). Bogota: UCMC
- García, C., Carreón, J., Hernández, J., M., Bautista, M., Aguilar J. A & Valdés, O. (2016). Social representation of tandem peri-urban anthropocentrism in a neighbourhood: water impact of seepage and local development. *Academic Journal of Environmental Sciences*, 4(6), 101-104
- Gomera, A., Villamandos F. & Vaquero M. (2013). Construction of indicators of environmental beliefs from the NEP scale. *Psychological Action*, 10(1), 149-160 <http://dx-doi.org/10.5944/ap.10.1.7041>
- Gudynas, E (2010). Biocentric Path: Intrinsic Values of the Rights of Nature and Ecological Justice *Tabula Rasa*, 13, 45-71.
- Hernández, TJ, Martínez, E., Duana , D. & García, C. (2018). Reliability and validity of an instrument that measures water resources and services. *Open Journal of Political Science*, 8, 353-364
- García Lirios, C. (2005). A Model to Explain the Use of Water in the Metropolitan Zone of the Valley of Mexico. *International Journal Of Psychology*, 6 (02), 1–108. <https://doi.org/10.33670/18181023.v6i02.34>

- Martinez, E., Morales, M.L. & Garcia, C. (2019). Governance of electoral preferences, consensus and voting intention. *Technoscience*, 12 (2), 76-85
- McCombs, M., (1996). Influence of the news on our images of our world. In J. Bryant, Zillman, D. (ed.). *Media effects. Research and theories*. (pp. 13-34). Barcelona: Police Press.
- Perez, D. & Soler, M. (2013). Agroecconomics and ecofeminism to decolonize and depatriarchalize global power. *International Journal of Political Thought*, 8(1), 93-103
- Perez, G., Aguilar, J.A. & Garcia, C. (2019). Framing the press on water issues. *International Journal of Environment, Agriculture and Biotechnology*, 4(8), 1-14
- Sandoval, FR, Bustos, JM & Garcia, C. (2018). Sociopolitical implications around the drinking water service in the demarcation of Mexico City. *Civilize*, 18(34), 75-84
- Valdés Ambrosio, O., Bustos Aguayo, JM, & García Lirios, C. (2018). Reliability and validity of an instrument that measures water co-responsibilities. *Journal of Academic Research Without Borders: Division of Economic and Social Sciences*, (27), 25. <https://doi.org/10.46589/rdiasf.v0i27.170>
- Valdes, O., Amemiya, M. & Garcia, C. (2019). Specification of a model for the study of the establishment of multiple water sustainability agendas. *Synchrony*, 22 (75), 281-298
- Vázquez, JG, Cruz, MG, Carreón, J., Hernández, J., Bustos, JM & Sandoval, FR (2017). Agenda of the governance of water services in a demarcation of Mexico City. *Breakthrough Research Journal _ global science _ agricultural*, 6(12), 1-17

Efectos de la prisionalización en el adulto mayor recluso en la Prisión Provincial de Ciego de Ávila en Cuba

*Effects of the prisionalization on in the adult bigger
prisoner in the Prison County of Ciego de Ávila in Cuba*

C E L Í N P É R E Z N Á J E R A

Doctora en Ciencias Jurídicas y Especialista en Derecho Penal. Profesora titular del
Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.
Rectora de la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Cuba.
celinpn1973@gmail.com

L I S B E T C A S T R O G A R C Í A

Licenciada en Derecho. Profesora Instructora del Departamento de Derecho de la Facultad de
Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Cuba.
lisbet@unica.cu

W I L L I A M S T É L L E Z D A C A L

Licenciado en Derecho. Asesor de la Consultoría Jurídica en Ciego de Ávila. williams@nauta.cu

Resumen

Este artículo tiene como objetivo mostrar los efectos de la prisionalización del adulto mayor recluso en la Prisión Provincial de Ciego de Ávila en Cuba. Para ello analizamos criterios de análisis del sistema penitenciario en nuestro país, desde sus antecedentes hasta la clasificación que hoy agrupa a los penados, poniendo énfasis en la victimización terciaria de este grupo victimal dentro del sistema carcelario y sus factores de riesgos; seguidamente se presenta una caracterización de la situación de los gerontes reclusos en este centro penitenciario en el periodo comprendido entre 2005 y 2019. Utilizamos como metodología investigativa un enfoque dialéctico-materialista de la realidad, que posibilitó el engranaje de toda la investigación, teniendo en cuenta el carácter teórico-doctrinal del texto, lo que determinó que la metodología se enmarcara en torno a los métodos histórico-lógico, analítico-sintético, inductivo-deductivo, teórico-jurídico y sociológico.

Sin lugar a dudas, la utilidad de este trabajo radica en la fundamentación de los efectos de la prisionalización en el adulto mayor recluso en la prisión provincial del territorio avileño, adentrarnos en el camino de la victimización terciaria, además de facilitar un material bibliográfico actualizado que podrá ser utilizado en la enseñanza de pregrado y de postgrado de la Criminología.

PALABRAS CLAVE

Adulto mayor, recluso, vulnerable, prisionalización.

Abstract

The objective of this article is to show the effects of the prisionalization of the older adult inmate in the Provincial Prison of Ciego de Ávila in Cuba, for this we analyze analysis criteria of the penitentiary system in our country, from its antecedents to the classification that today groups the convicts, emphasizing the tertiary victimization of this victim group within the prison system and its risk factors; Next, a characterization of the situation of the inmate inmates in this Penitentiary Center in the period from 2005 to 2019 is presented. As a Research Method, we used a dialectical-materialistic approach to reality, which enabled the coping of all research, taking into account The theoretical-doctrinal nature of the text is related, which determined that the methodical was framed around the methods historical-logical, analytical-synthetic, inductive-deductive, theoretical-legal and sociological.

Undoubtedly, the usefulness of the work is shown in a rationale of the effects of the prisionalization in the older adult inmate in the Provincial Prison of the Ciego of Ávila territory, delving into the path of tertiary victimization, in addition to providing updated bibliographic material that it may be used in the undergraduate and graduate teaching of Criminology.

KEYWORDS

Bigger adult, prisoner, vulnerable, prisionalization.

1. INTRODUCCIÓN

A través de la historia, en dependencia de la cultura que se analiza, se evidencia que los adultos mayores han sido tratados de manera muy distinta. Prácticamente en la totalidad de los pueblos primitivos fueron el centro de la vida social; los egipcios y los asirios los veían con cierta antipatía; los israelitas los veneraban y los griegos exaltaban la vejez.

Por su parte, en el Imperio romano tuvieron una importante autoridad, tanto en la vida privada como en la pública. Con el Renacimiento, la veneración y el respeto que habían disfrutado inician un proceso de deterioro, pues el poder va progresivamente desplazándose de ellos hacia los hombres maduros, hasta que con la aparición del Industrialismo lo pierden definitivamente, haciendo el comercio que el hombre valga por lo que produce y no por lo que es en sí (Clemmer, 1968, p. 8).

Así, se debe liberar al adulto mayor de esa imagen de incapacidad, de soledad, contribuyendo a consolidar su rol social, a redescubrir sus capacidades y habilidades enriqueciendo su autoestima al ser protagonista activo dentro del grupo, a pesar de encontrarse en un medio distinto, como es la prisión. (Engler, 2001, p. 23; Fernández, 2004, p. 11).

Con el devenir de los años se han aunado esfuerzos para disminuir los efectos aparejados por la prisionización y hacer de las cárceles un lugar adecuado para la reeducación y resocialización del sancionado (Fernández et al., 2001, p. 7). Para ello, se hace necesario estudiar la población penitenciaria de acuerdo con su clasificación por edades y por todos los componentes que la hacen distinta y merecedora de un trabajo diferenciado. Al tener los adultos mayores particularidades distinguibles del resto de los internos, ameritan un análisis particularizado.

Actualmente a nivel internacional se ha venido produciendo el fenómeno del envejecimiento poblacional; este hecho repercute en las sociedades al conllevar con este suceso la necesidad de incrementar políticas por parte de los Estados para enfrentar tal situación (Pérez y González, 2016, p. 43). El mismo incide en las prisiones, ante la posibilidad de que más adultos mayores se figuren como perpetrador de delitos y sean sancionados con la privación de la libertad, sin obviar aquellos que alcanzan esa edad dentro de los establecimientos. Aunque los mismos no son la mayoría de la población penitenciaria, se hace necesario brindarles un tratamiento independiente, enfocado en sus características.

Es imprescindible romper los cánones de investigaciones que priorizan a mujeres y jóvenes reclusos, así como llegar a la cabal comprensión de que existe diferenciación entre adultos y adultos mayores reclusos, en la que los últimos son perjudicados al no ser objeto de investigaciones científicas. Parte de este error conceptual viene dado en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, al no establecerse la diferenciación entre ambos grupos etarios. La situación actual exige revitalizar estos conceptos (Organización de Naciones Unidas, 1977, p. 5).

En Cuba, a partir del Reglamento Penitenciario de 2008 se incluye la categoría adulto mayor dentro de la clasificación penitenciaria, situada a partir de la edad cronológica de 60 años en adelante, abriéndose paso a su regulación independiente y valorándose como colectivo distinto, conllevando una diferenciación. Esta conceptualización ocurrió tardíamente, pues desde décadas anteriores ya el Código Penal cubano tenía regulado beneficios para estas personas.

Efectuar reformas en prisiones es uno de los objetivos de criminólogos y juristas, sin embargo, para lograrlo es imprescindible comprender al geronte recluso en todas sus aristas. Con la intención de contribuir a este fin, se pretende indagar sobre el adulto mayor recluso en distintas dimensiones, no solo desde el ángulo jurídico-criminológico, sino desde el punto de vista médico, y el no menos importante, el sociológico, para llegar a una adecuada integración e interrelación del conocimiento respecto a estas personas.

Al adentrarse en el tema de los adultos mayores reclusos sale a relucir la escasez de investigaciones respecto a ellos. Las investigaciones actuales transitan, más bien, hacia el debate teórico sobre las prisiones en sentido general. De ahí se parte para resaltar la novedad de este trabajo, en el que se realiza un análisis holístico integrando todos los elementos que influyen en este grupo de riesgo, específicamente la situación de los gerontes reclusos en este centro penitenciario avileño en el periodo comprendido entre 2005 y 2019.

2.MÉTODOS

Los métodos investigativos utilizados fueron el histórico-lógico, empleado para valorar la evolución histórica y las transformaciones que ha tenido el sistema penitenciario en Cuba, así como el tratamiento del que ha sido objeto el adulto mayor recluso, lo cual facilita el conocimiento evolutivo y contextual del tema; el analítico-sintético, que propició el desglose caracterizador del adulto mayor en el sistema penitenciario avileño; el exegético-analítico permitió el análisis, explicación y valoración de las normativas relacionadas con los gerontes internos. A partir del método jurídico-doctrinal se pudo conocer las investigaciones que se han efectuado sobre el tema, y se obtuvieron los enfoques que se han sostenido; este método brinda instrumentos teóricos para la explicación de los argumentos que se ofrecen en la investigación.

Los métodos empíricos investigativos utilizados han sido el método de análisis del contenido, que permite profundizar en una caracterización general, buscando describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su examen, y el método de la entrevista, la cual facilita la retroalimentación con el investigado, permitiendo escuchar sus opiniones y precisiones relacionadas con el adulto mayor en el sistema penitenciario avileño. En nuestro caso, para la aplicación de las entrevistas se optó por la muestra probabilística, y se eligió el muestreo aleatorio estratificado (Villabella, 2012, p. 95).

3. RESULTADOS

Generalidades del sistema penitenciario en Cuba

El sistema penitenciario es un componente del derecho penal que se ha estudiado desde tiempos inmemoriales (Huertas et al., 2015, p. 27); en los primeros años de la Colonia no existía una construcción específica para la reclusión de prisioneros en Cuba, por tal razón se utilizaban para este fin los cuarteles militares. No es hasta 1619 que se construye la primera edificación con el fin de fungir como cárcel pública, la cual estaba situada en la calle Obispo. Posteriormente, en 1830 se construye la prisión de la Reina Amalia, situada en la Villa de Nueva Gerona; en esta instalación se recluyeron los deportados por cuestiones políticas que se manifestaban en contra de la metrópoli española durante la guerra independentista de Latinoamérica. Años más tarde, específicamente en 1834, se ordenó la construcción de una nueva prisión, que podía albergar a unos 2000 reclusos (Gálvez, 2007, p. 350).

En 1925 se autoriza la construcción del Presidio Modelo, con una capacidad de 5000 reos, convirtiéndose en las décadas de los 30 y 40 en un verdadero sitio de terror para los cubanos que se mostraban inconformes con los gobiernos tiránicos de la época. Por esos años existían en el país otras instalaciones penitenciarias, todas seguían el estilo colonial, por lo que eran construcciones viejas en las que no se aplicaban programas de reeducación y corrección (Rodríguez, 1996, p. 9).

Con la promulgación en 1936 del Código de Defensa Social se publica la Ley de Ejecución de sanciones, pero esta no entra en vigor hasta el 7 de octubre de 1938, momento en que se aprueba su Reglamento, que duró poco tiempo en el tráfico jurídico al ser derogado por el Decreto 844 de 1940, el cual tuvo varios pasos de avance en cuanto a la atención al reo se refiere, ya que, entre otros aspectos, se estableció un régimen educacional en el que se realizaba un examen previo a cada convicto para determinar el tratamiento que le fuera más adecuado. Otro de los elementos positivos que integraba el cuerpo de esta norma estaba contenido en los artículos 84 y 85, en los que se declaraba ilegítimo el uso de la violencia o maltrato en los presos; estos temas en muchos casos fueron letra muerta, pues los abusos continuaron (Rodríguez, 1996, p. 10).

No es hasta 1950 que entra en vigor el nuevo Reglamento de la antes mencionada ley; este incorpora técnicas novedosas en el tratamiento de los penados. Aun cuando tanto el Reglamento como la Ley en sí fueron prácticamente letra muerta, marcaron puntos de referencia en la rama del derecho penitenciario contemporáneo (Gálvez, 2007, p. 351).

Luego del triunfo de la Revolución, en enero de 1959 se inició un proceso de transformación en el sistema penitenciario y se trazaron los pilares básicos de la nueva política penal (Torres, 2012, p. 1) con el objetivo de eliminar toda la situación que antecedió. De esta forma se comienza a trabajar para desactivar antiguas instituciones carcelarias que no reunían las condiciones necesarias para

la reclusión de los reos; ejemplo de esto lo constituyen El Castillo del Príncipe, Castillo de Atarés y La Fortaleza del Morro. Al mismo tiempo, se crearon espacios con mejores condiciones, que representaban una mejora para los presos, pero también posibilitaban la aplicación de un sistema carcelario más avanzado (Rodríguez, 1996, p. 9).

El centro penitenciario en Cuba, como establecimiento de cumplimiento de las penas privativas de libertad, no es una institución perfecta, porque el centro modelo es el que no existe; sin embargo, garantiza toda una serie de funciones que logran obtener resultados satisfactorios; para ello, primeramente logra cumplimentar la seguridad de los internos, y el disfrute de los derechos que les asisten como ciudadanos, siempre y cuando no sean incompatibles con el cumplimiento de la pena privativa de libertad (Gálvez, 2007, p. 316); es por ello que en aras de su perfeccionamiento se han instrumentado un conjunto de programas, proyectos y acciones que posibilitan alcanzar con los internos en prisión mayores resultados aún más efectivos en su rehabilitación y ulterior incorporación al medio social de origen (Welch, 2016, p. 11).

Este régimen penitenciario dirige sus esfuerzos a lograr la reincorporación del sancionado a la sociedad, por medio de un proceso de educación en el que prevalecen el tratamiento de hombre a hombre, la observancia estricta de las leyes, el respeto a las normas de convivencia, la actitud correcta ante el trabajo, la práctica y el desarrollo de actividades educativas, deportivas y culturales (Zamora, Rodríguez y García, 2020, p. 1488), “ofreciéndole al penado las herramientas que necesita para un mejor retorno a la vida en libertad” (Barroso y Delgado, 2019, p. 33).

En gran medida se logra que el sistema penitenciario, como organización creada por el Estado para la ejecución de las sanciones penales, cumpla uno de sus fines principales, la reeducación del reo, a través de programas integrales que preparan a los reclusos para que una vez que cumplan su pena puedan desempeñarse como sujetos activos del desarrollo de la sociedad.

Principios del sistema penitenciario cubano

El Estado, a través del sistema penitenciario, estipula las garantías básicas que ofrece a sus habitantes, garantizándoles la vida, la libertad, la paz y la justicia social; de igual forma, se encarga de generar las políticas necesarias para lograr la reeducación y la reinserción social de los privados de la libertad (Castillo y Ruiz, 2008, p. 12; Cruzado, 2018, p. 4), así como las normas para la custodia y su tratamiento; es por ello que cuando abordamos los principios nos referimos al conjunto de valores, creencias, normas que orientan y que se cumplen o deben seguirse como consecuencia necesaria de algo o con el fin de lograr un propósito.

En Cuba los principios del sistema penitenciario se encuentran preceptuados en el Reglamento penitenciario vigente. El artículo 34 los enumera sin explicar la esencia de los mismos (Reglamento del Sistema Penitenciario, 2016, p. 9). Por esta razón, a continuación los explicaremos a fin de un mejor entendimiento de su contenido.

- *Legalidad en la ejecución de la sanción, medidas cautelar de prisión provisional y de seguridad reeducativa de internamiento:* este se refiere a la obligación de acatar lo que el Reglamento norma en cuanto a los lugares y las condiciones en que los acusados y reclusos deben permanecer para cumplir sanción o permanecer hasta tanto recaiga en ellos una medida cautelar que implique prisión provisional.
- *Estudio, observación, evaluación, diagnóstico y pronóstico de evolución de la conducta del interno:* se dispone que todo recluso al ingresar a un centro o establecimiento penitenciario sea objeto de una evaluación integral a fin de poder incorporarlo a la población del penal de que se trate. Este análisis no solo se efectúa al ingreso del recluso, sino que a lo largo de su estancia en prisión es evaluado; esto representa una gran ventaja tanto para el reo como para la administración del correccional, ya que puede adquirir beneficios por su conducta que puede incluso significar rebajas a su tiempo en prisión, y en el caso del segundo, le permite tener un mayor control del condenado.
- *Clasificación y compartimentación:* representa un pilar fundamental, ya que sienta las bases de la clasificación de los internos, la que se realiza con base en el sexo, edad, así como el nivel de severidad de los regímenes.
- *Sistema progresivo en el cumplimiento de la sanción:* durante la extinción de la sanción, el reo tiene la posibilidad de ir transitando por regímenes de menor severidad; este paso será abalado con la conducta del mismo y siempre que le asista el derecho, ya que existen personas que por la gravedad de los actos cometidos no tienen esta posibilidad.
- *Enfoque individual, diferenciado y sistémico del proceso educativo:* desde la entrada al penal cada persona es analizada en su individualidad; esta evaluación permite que se pueda trabajar de forma especial con cada individuo a fin de lograr que se incorpore de manera efectiva al proceso educativo que se desarrolla dentro del penal.
- *Educación en valores a través de programas y actividades educativas:* el Estado garantiza que durante el tiempo que dure la pena cada sujeto se apropie de valores que le permitan convivir siguiendo los modelos morales de nuestra sociedad; esto se logra mediante el proceso educativo que se lleva a cabo dentro de la prisión.
- *Integración al proceso educativo en colectivo y a través del mismo:* el hecho de que los reclusos sean dispuestos en colectivos permite la interacción entre estos, lo que influye en la reeducación de los mismos. Además, los colectivos están sujetos a emulaciones que evalúan diferentes aspectos, y esto representa una motivación para los internos a fin de que se desenvuelvan de manera satisfactoria en todas las actividades que se programen.

- *Ejecución y organización de la actividad preventivo-profiláctica*: se organiza el trabajo con los reclusos para evitar que estos incurran en la comisión de nuevos actos delictivos.
- *Participación de los Organismos de la Administración Central del Estado, organizaciones sociales y de masas, familiares y amistades que influyan positivamente en los internos en el proceso de ejecución de la sanción*: es uno de los principios que más se trabajan; lo que a nuestra consideración constituye un acierto de este cuerpo legal, pues el hecho de vincularlo con la familia y amistades, fortalece su nexo con la sociedad contribuyendo a su posterior reinserción social.
- *Correspondencia del proceso de educación con las exigencias de la vida en sociedad*: resulta evidente que si las personas que se encuentran en prisión quebrantaron normas conductuales y ese hecho es considerado un delito, el trabajo educativo que se lleva a cabo con los reclusos debe estar encaminado a que convivan en armonía con los patrones de conducta que la sociedad regula en sus leyes y costumbres.

Apreciamos los diversos principios del sistema penitenciario en Cuba que permiten normar y orientar el accionar dentro del sistema con el objetivo de reprimir y reeducar al sancionado, velando por la protección de sus derechos. Partiendo de ello, valoramos la importancia de la individualización del recluso, enfatizando nuestro análisis en el grupo victimal del adulto mayor, como objeto de estudio.

El adulto mayor como sujeto del sistema penitenciario cubano

En Cuba no siempre se le ha dado un tratamiento diferenciado a los adultos mayores, como sucede en la actualidad. A comienzos de la Colonia, “los presos eran tratados de forma igual, sin hacer distinción entre estos, lo que en muchas ocasiones dio al traste con que personas de avanzada edad tuvieran que realizar labores que no iban acorde con sus características etarias y, por consiguiente, con su salud” (Martí, 1991, p. 45).

Durante los primeros años de la época colonial en nuestro país no se observa la intención de regular la figura del adulto mayor en conflicto con las leyes penales, y no es hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se puede observar la intención de clasificar los reos dentro de las cárceles, y uno de los parámetros que se tenían en cuenta para realizar esta clasificación era precisamente la edad.

Por otra parte, durante la etapa neocolonial se observan disímiles órdenes militares y el tema de las prisiones se abordó en muchas de estas; muestra de ello es la Orden Militar N°. 14 (1900), que hace alusión a los menores de ocho y diez años, que deberían ser separados del resto de los presos, pero en ningún momento se refiere a los adultos mayores (p. 2).

La Orden Militar N°. 11 (1902) es la que realmente por primera vez brinda un tratamiento legal a los adultos mayores; en su cuerpo se establece que todo sentenciado por juez o tribunal de lo criminal trabajará en beneficio del Estado y podrá ser empleado en trabajos de utilidad pública, dentro o fuera del establecimiento donde sufriere su condena, por el jefe del mismo, si no fuere mayor de cincuenta y cinco años de edad, no estuviese imposibilitado para el trabajo por enfermedad u otro motivo; en lo que concerniera a trabajos fuera del establecimiento, cuando en consideración a su edad se hubiere dispuesto en la sentencia que debe cumplir su labor en el interior del establecimiento (p. 3).

En el Proyecto de Código Criminal cubano se hace referencia de cierto modo al adulto mayor al examinar el artículo 112, tercer párrafo; no obstante, existe diversidad de criterios en cuanto a la edad que se debe tener en cuenta, ya que en el artículo 246, referido a los indultos, se fija la edad en 50 años, lo que está en contradicción con lo que se expresa en el artículo 112, que aborda la ejecución de la sanción de las personas no menores de 55 años (Ortiz, 1927, p.11).

El Código de Defensa Social es el primero en tratar el tema de la edad en el adulto mayor como circunstancia de atenuación de la responsabilidad penal. Posteriormente, otros cuerpos legales se refirieron al tratamiento que debían recibir los adultos mayores en conflicto con las leyes penales; por ejemplo, el Reglamento para la ejecución de las sanciones, que reguló la obligación de trabajar y sus excepciones, en el que se incluye al adulto mayor a partir de sesenta años (Decreto-Ley N°. 802, 1936, p. 6).

Con el triunfo de la Revolución en 1959 se le dio un vuelco a la política penitenciaria que venía rigiendo en el país; es así que en 1979 el Código Penal deroga el Código de Defensa Social; en este se establece por primera vez la edad de 60 años como circunstancia atenuante de la sanción y establece el límite por rebajar hasta un tercio; de igual forma lo preceptúa el actual Código Penal (Código de Defensa Social, 1969, p. 14; Ley N°. 62 Código Penal, 1987, p. 8).

En cuanto al Reglamento que rige el sistema penitenciario cubano puesto en vigor en 2008, este contiene grandes adelantos en relación con su contenido con respecto a su antecesor (Reglamento del Sistema Penitenciario, 2008, p. 4). Uno de sus logros está en definir lo que se entiende por adulto mayor; para esto se apoya en el criterio emitido por la Organización Mundial de Salud de fijar los 60 años como el inicio de este periodo de la vida, lo que coincide con lo expresado en el Código Penal cubano. Pese a sus muchos aciertos, este Reglamento presenta falencias en varios aspectos referentes a la atención que se le presta a este sector poblacional, específicamente con relación al derecho al trabajo.

Otra de las deficiencias que se pueden apreciar tiene que ver con la incorporación al trabajo, respecto a lo cual se les da prioridad a los jóvenes y los gerontes quedan en desventaja, por cuanto estos requieren de la actividad laboral no solo para sumar tiempo de servicio a fin de solicitar la

jubilación, sino que mejora su salud física y mental. La asistencia médica es otro aspecto que pudiese tratarse con más profundidad, ya que las personas de edad, por el nivel de deterioro de su estado físico, sufren de dolores recurrentes y afecciones diversas.

Debido al número de reclusos que ingresan al sistema penitenciario en edad geriátrica, y otros que la alcanzan estando en prisión, sería pertinente revisar el contenido del Reglamento del Sistema Penitenciario a fin de mejorar la atención que reciben los adultos mayores en las prisiones en nuestro país.

La victimización terciaria en el adulto mayor en el sistema penitenciario

Al valorar la victimología debemos centrarnos en los elementos conductuales victimológicos. Nos referimos al nivel del comportamiento asociado al tema; precisamente para definirlo utilizamos el término “victimización”.

En algunas definiciones se considera que “es la acción y el efecto de victimizar o victimar y la función de ser victimizado o victimado en cualquier sentido”. También se afirma que “es el resultado de una conducta antisocial contra un grupo o persona; por el cual se deviene en víctima”. La doctrina cubana ha patentizado su posición respecto al concepto de victimización de una forma concreta como “la acción y efecto de victimizar a otros” (Rodríguez, 1998, p. 73; Ezzat, 1980, p. 5; Gómez, 2004, p. 317).

La doctrina victimológica clasifica con frecuencia este fenómeno en tres tipos: la victimización primaria, la victimización secundaria y la victimización terciaria; a esta última le dedicamos nuestro análisis, partiendo de la predisposición victimal, entendida como la vulnerabilidad que presenta un determinado grupo de personas para convertirse en víctimas, en este caso los adultos mayores en el sistema penitenciario.

Esta describe las situaciones en que un detenido o acusado puede resultar victimizado por parte de los operadores del sistema legal durante la fase de investigación, juzgamiento y ejecución de la sentencia; esta tendencia extiende la problematización victimológica hasta la persona del criminal cuando sus derechos o bienes pueden resultar vulnerados en tales circunstancias. La doctrina reconoce cuatro momentos en que pudiera resultar victimizado un inculpado.

Se reconocen tres tipos fundamentales de victimizaciones terciarias (Ezzat, 1980, pp. 101-109), pero en nuestra investigación nos centraremos específicamente en la victimización carcelaria. Como se ha venido explicando a lo largo de esta investigación, al adulto mayor le resulta muy difícil adaptarse a la vida en prisión; esto se debe en gran medida a las características físicas y psicológicas de estas personas que las colocan en un estado de vulnerabilidad con respecto a los otros reos e incluso con el sistema penitenciario mismo.

Las principales formas en que se evidencia esta victimización que sufre el adulto mayor recluso está dado principalmente por tratos vejatorios, la intimidación, que se produce principalmente por el grado de deterioro físico que presentan estas personas, situación está que los coloca en una situación de indefensión con respecto al resto de los reclusos. Las agresiones sexuales es otra de las formas en que se manifiesta; esta ocurre por la visible disminución de las capacidades volitivas de los adultos mayores, lo que los convierte en presas fáciles para los demás reos, no obstante, a menudo se presentan casos en que estas agresiones son fruto de la violencia ejercida contra estas personas víctimas en el sistema penitenciario.

Consideraciones sobre la prisionalización en el geronte

El proceso reeducativo desocializador se examina desde dos puntos de vista: la desculturización y la culturización o prisionización. Existen diversos factores que condicionan los efectos de la vida en prisión, clasificándose en dos: unos de carácter penal y penitenciario y otros de tipo personal y social (Baratta, 1986, p. 91; Manzanos, 2001, pp. 92-94; Martín, 2017, p. 3).

Por el objetivo de este trabajo, solo interesan los segundos, que están relacionados con la situación familiar, laboral, edad, estado civil, el estado de salud, el carácter, personalidad y la madurez psíquica.

En la medida en que se relacionen estas variables en cada persona, se dará el grado de prisionización, por lo que se concluye que los efectos de la prisión (Neuman, 2008, p. 11), a pesar de poder producirse en todos los reclusos, no afectan de la misma manera a cada uno; por ello se dice que las personas de más de 50 años son propensas al síndrome de internamiento, porque se superadaptan a las prisiones sintiéndose desvinculados del entorno exterior e imposibilitados a vivir en libertad; esto puede ocurrirle a una persona que lleve muchos años en prisión y al salir sea un adulto mayor y se le dificulte su adaptación al nuevo medio (Valverde, 1991, p. 6).

Manzanos destacó que los efectos de la aplicación de la pena de prisión se pueden agrupar según los momentos de los procesos de reeducación desocializadora (Manzanos, 2001, pp. 94-113; Nistal, 2005, pp. 16-21).

Proceso de ruptura con el mundo exterior: la ruptura ocurre por la entrada al sistema penitenciario donde se va a cumplir la pena privativa de libertad. A partir de este momento se inician los demás procesos; al entrar se empiezan a presentar situaciones traumáticas no conocidas anteriormente, porque el recluso empieza a conocer las características del centro, horarios, costumbres.

Con el tiempo aparecen serios problemas sensoriales. La visión sufre trastornos, experimenta lo que se denomina “ceguera de prisión”, provocada por la permanente ruptura del espacio; también se afecta el sentido de la audición, pues la vida en un espacio permanentemente cerrado, en el que con-

viven multitud de personas y sonidos, hace que el nivel de ruido sea muy alto. El gusto se ve afectado y se presenta la pobreza olfativa. Estas deprivaciones sensoriales afectan particularmente a los adultos mayores reclusos debido a la situación de los órganos sensoriales a esta edad y puede traer aparejado una serie de dolencias (Segovia, 2016, párrafo 53, y Valverde, 2018, párrafo 53).

Proceso de desadaptación social y desidentificación personal: estar en la prisión supone cambios psicológicos para cualquier recluso, pero si tomamos en cuenta las características psicológicas de los adultos mayores, este encierro puede suponer arraigar la depresión, deteriorar su imagen, destruir su autoestima y ocasionarle sufrimiento psicológico (Orosa, 2011, p. 29).

En este proceso el adulto mayor va enterrando sus antiguos hábitos y su propia identidad, que son supeditados a los cambios que afronta en la prisión. La organización de su vida por parte del personal de la prisión puede dar lugar a un sentimiento de dependencia, de falta de autocontrol y autorresponsabilidad.

Proceso de adaptación del medio carcelario: implica que los reclusos entren en la subcultura carcelaria, donde existen relaciones de dominación: disciplina, obediencia, estancia obligada (Valverde, 1998, párrafo 46). Se adquieren valores y costumbres propios de la prisión; debe relacionarse con un entorno distinto al de donde venía. Este aprendizaje puede impregnar su personalidad para toda la vida e influye en su resocialización.

Proceso de desvinculación familiar: que se mantenga o no la relación con la familia va a depender de cada caso concreto. Para todo recluso es importante la comunicación con su familia. En el caso del adulto mayor, en el que tienen incidencia los factores microsociales de apoyo, aceptación y comprensión, resulta relevante que los familiares tengan contacto con él; esta vinculación puede ayudar a disminuir los efectos de la pérdida de roles personales; este proceso acarrea repercusiones para la propia familia del recluso (Zavala et al., 2017, p. 12).

Intensificación del desarraigo social: se relaciona con la salida del recluso del centro penitenciario y se enfrenta a un medio con el cual ha perdido vínculo directo. Estos procesos están interrelacionados y dependen de las características personológicas. Valorar las consecuencias de la prisionización permite la adecuada resocialización de los reclusos, más de los adultos mayores que se ven perjudicados doblemente. Uno, porque a su edad se sufren los mencionados factores macrosociales y microsociales propios de este sector, aunque no necesariamente deben presentarse de manera homogénea en todas las personas mayores y afectan tanto al sector penitenciario como a los no sancionados. Segundo, por la prisionalización, que trae aparejados efectos para todos los reclusos.

Todos estos efectos deben ser minimizados por el sistema penitenciario, donde la atención que se le brinde debe basarse en las características biopsicosociales. Se debe partir de un análisis holístico del fenómeno del envejecimiento, pero con puntos de contacto con el proceso de prisionización para así

llegar a un adecuado tratamiento, cada día más efectivo, del adulto mayor recluso en cada contexto donde se desarrolla, específicamente, en nuestra investigación, en el centro penitenciario avileño.

Caracterización de la Prisión Provincial de Ciego de Ávila con énfasis en el adulto mayor recluso

La prisión Provincial de Ciego de Ávila está constituida por 18 colectivos de internos, y cuenta con sala de visitas, pabellones conyugales, puesto médico, área de ingreso, observación, evaluación y diagnóstico, escuela, soleadores, polígono donde se ejercitan los reclusos, cocina, área de seguridad incrementada, sala para los internos con tuberculosis, oficinas de los jefes de colectivo, tratamiento y orden interior.

Los programas educativos establecidos son: instrucción escolar, capacitación en oficio, Trabajo Socialmente Útil, programa Educa a tu Hijo y Programa Victoria. Las actividades que se realizan con los reclusos son de carácter cultural, deportivo y político. De igual forma, se encuentra, para el caso de los adultos mayores, la cátedra del adulto mayor. Para la realización de todas estas actividades la institución cuenta con un personal con la debida preparación técnica profesional para desempeñar las diferentes funciones encaminadas a la reeducación y posterior reinserción en la sociedad de cada individuo.

Alberga una población penal tanto acusada como sancionada, que ha cometido diferentes delitos y cumple la sanción que le ha sido impuesta por los órganos judiciales competentes, en concordancia con la ley penal vigente. De acuerdo con lo dispuesto en la legislación de los sistemas penitenciarios, esta se encuentra segmentada en grupos por edades.

Para desarrollar nuestros objetivos previstos utilizamos un conjunto de elementos metodológicos a partir de la selección de los dos centros de prisiones que componen el sistema penitenciario en la provincia de Ciego de Ávila, la Prisión Provincial de Canaleta y la prisión del municipio de Morón como universo investigativo. La población es de 41 gerontes reclusos, todos del sexo masculino, y 46 funcionarios los atienden directamente .

El análisis de información vuelve a realizarse cuando se consume el proceso de recuperación, fundamentando categorías para organizar la investigación mediante los siguientes criterios: edad, año de ingreso, sexo, raza, nivel cultural, régimen, sanción impuesta, antecedentes penales y delito cometido.

Análisis de los resultados de la investigación

Para valorar los resultados del análisis del contenido indagamos la situación de los gerontes reclusos en las prisiones de Ciego de Ávila, escogimos el periodo 2005 al 2019. Analizaremos a continuación los resultados del análisis efectuado de los 9 indicadores mencionados con anterioridad.

Todos los niveles de análisis tienen como base el promedio general; es por ello que la edad de los 41 adultos mayores reclusos se encuentra definida en 65 años, el año de ingreso promedio es 2014, la totalidad son del sexo masculino, la raza más predominante es la blanca y el nivel cultural oscila entre la primaria concluida e inconclusa.

El régimen de mayor incidencia en la población penal estudiada es el mínimo severo con un promedio de sanción impuesta de 8 años y 3 meses. Con relación a los antecedentes penales sobresalen los multireincidentes entre la comunidad reclusa de este grupo etáreo.

Por su parte, los delitos cometidos de mayor incidencia corresponden a corrupción de menores, tráfico de drogas, robo con fuerza en las cosas, malversación y homicidio.

Lo anterior caracteriza al geronte recluso que se encuentra en el sistema penitenciario avileño, y exige la necesaria individualización del trabajo por parte de los funcionarios, teniendo en cuenta la edad, el nivel cultural, los delitos cometidos y los antecedentes penales de los reclusos, lo que evidencia la proyección y atención con las personas adultas mayores, toda vez que llegan a convertirse en vulnerables, pero a la vez mantienen condiciones propicias para continuar en el ámbito delictivo.

En aras del desarrollo de esta investigación utilizamos la técnica de la entrevista y luego de aplicarla se pudieron constatar los resultados siguientes:

De un total de 41 reclusos adultos mayores se entrevistaron a 36 (88,0 %), confirmando 27 (75,0 %) que se consideran por su edad un grupo de riesgo victimal alegando además el 7 (19,4 %) sentirse identificados por su edad.

En cuanto al tratamiento diferenciado en este centro 32 (88,9 %) manifestaron que sí, que son ubicados teniendo en cuenta el régimen de progreso del sistema penitenciario; una vez seleccionados, entonces se agrupan a partir de los 60 años en colectivos de internos, y 4 (11,1 %) manifestaron que no existía diferenciación alguna al estar juntos en el mismo régimen.

Al valorar la afectación psicológica o social que han tenido desde su reclusión, 34 mostraron expresiones de soledad al encontrarse separados de su familia y amistades, 16 manifestaron sentir depresión en algunos momentos y 11 alegaron que por razón de su edad no deberían cumplir sanciones privativas de libertad.

El 100 % se encuentra incorporado a la cátedra del adulto mayor recluso; de ellos 29 (80,5 %) fundamentaron que las acciones contribuyen a la calidad de vida desde la educación y a desarrollar actividades en conjunto y 7 (19,5 %) no dijeron nada al respecto.

De igual forma, el 100 % reconoció la calidad del tratamiento médico para los gerontes reclusos que se brinda dentro de la prisión.

En cuanto al enfoque de las actividades que se realizan con ellos en el centro penitenciario, 24 (66,7 %) las identificaron como masivas y participativas 7 (19,4 %) expusieron que no asistían con frecuencias debido a su gusto y 5 (13,9 %) que no concurrían porque no estaban acorde con su edad, tales como las deportivas y culturales.

Sobre las acciones que se pueden implementar en la prisión para lograr un adecuado tratamiento de acuerdo con su edad, las actividades mencionadas fueron: incremento de medidas beneficiosas que permitan estar con su familia (32); querer estar solos en un destacamento sin necesidad de analizar el régimen en que se encuentran, lo que posibilitaría tener mayor afinidad en sus actividades y con sus amigos (11), y ocho no se manifestaron con relación al tema.

La entrevista desarrollada nos muestra los resultados generales siguientes: los gerontes reclusos no se consideran un grupo de riesgo victimal; la existencia de un tratamiento diferenciado en los centros penitenciarios, la incidencia mayor en la afectación psicológica o social se muestra en el sentimiento solitario que poseen al no poder encontrarse junto a los familiares y amigos.

En tal sentido, la totalidad se encuentra incorporada a la cátedra del adulto mayor y se contribuye con sus acciones a mejorar la calidad de vida, y fue evaluado de adecuado el tratamiento médico que reciben dentro de la prisión. Con relación al enfoque de las actividades, fueron caracterizadas como masivas y participativas, así como propusieron acciones que se pueden implementar con el objetivo de continuar individualizando el actuar con el adulto mayor.

Analizaremos los resultados de las entrevistas a los 34 funcionarios que atienden directamente a los reclusos gerontes, coincidiendo el 100 % en la existencia de un tratamiento diferenciado en las prisiones con este grupo etáreo, 29 (85,2 %) lo caracterizaron como sistemático, 27 (79,4 %) lo evaluaron de positivo, 25 (73,5 %) de adecuado, y 22 (64,7 %) lo consideran que está encaminado a los intereses y protección de los gerontes reclusos.

De igual forma, el 100 % evaluó como efectiva la implementación de la cátedra del adulto mayor, expresaron las siguientes consideraciones: que contribuye a la calidad de vida desde la educación como un derecho; profundiza sus temáticas en el desarrollo humano dedicado al conocimiento de la edad y de la seguridad social sobre dicho régimen; se potencia el mejoramiento humano y la socialización de los reclusos gerontes; fomenta una mejor preparación y capacitación sobre la cultura gerontológica y el trato personalizado y los propios gerontes más capacitados se insertan como monitores de los diferentes temas.

Con relación a las características psicológicas o sociales que predominan en el geronte y posibilitan un tratamiento diferenciado: 32 entrevistados expresaron que es la etapa de la vida en la que más diferencias existen entre las personas; 31 manifestaron que resulta evidente la necesidad de agrupar a los reclusos adultos mayores, y 27 respondieron que se requiere de autotrascendencia

como neoformación psicológica en los otros que les rodean, en ausencia de la familia como el principal receptor.

El 100 % coincidieron en que el tratamiento médico para los adultos mayores reclusos se realiza con calidad y de manera sistemática. En cada prisión de la provincia existe una consulta de atención primaria que son los que tienen contacto directo con el recluso, y entre ellos se encuentra asignado un médico que se encarga de la dispensarización, de tomar los signos vitales una vez por semana y de realizarle chequeos médicos cada 2 o 3 meses, así como velar por su salud o remitirlos a los especialistas que correspondan según el padecimiento.

Los problemas que con mayor frecuencia afectan a los adultos mayores reclusos son: 32 identificaron las caídas, 31 las enfermedades respiratorias y 20 las enfermedades cardiovasculares. Estos son tratados por los médicos primarios y posteriormente por los especialistas, y cuando se requiere se trasladan al hospital provincial y son hospitalizados según el diagnóstico médico.

La prisionalización para los gerontes trae consigo diferentes efectos. Los más mencionados fueron: depresión, por encontrarse separados de su familia y de su entorno social y familiar (34); deficiencia sensorial y de estimulación cognitiva-afectiva, que acelera el deterioro cognitivo en formas severas (32), y permanente idea de buscar alternativas para evadirse de los centros penitenciarios (30).

En el enfoque de actividades que se realizan con los adultos mayores internos, el 100 % de los entrevistados coincidió en que está dirigido esencialmente a las acciones educativas, culturales y deportivas. En estos dos últimos casos no se ha logrado involucrar todos los reclusos gerontes, pues muchos consideran que las mismas no son de su agrado e interés.

Por último, se expusieron un grupo de acciones que se pueden implementar en la prisión avileña para lograr un adecuado tratamiento a los gerontes, entre las que se destacan: desarrollo de un sistema de capacitación que permita incrementar el conocimiento del personal del sistema penitenciario sobre el tratamiento a los adultos mayores reclusos; identificar las vulnerabilidades dentro de la prisión que inciden en la atención diferenciada del gerente; divulgación por los medios masivos de comunicación de la atención y tratamiento de los gerontes en el sistema penitenciario cubano para el trabajo social y con la familia; elevar la atención geriátrica y gerontológica con los adultos mayores internos y realizar estudios sobre este tema, a partir de las percepciones de los adultos mayores reclusos y de los factores de la institución penitenciaria.

Valorando los resultados de la investigación en cuanto a la aplicación de la entrevista a los funcionarios que interactúan con los adultos mayores, la totalidad consideró adecuado el tratamiento diferenciado en las prisiones con los gerontes, caracterizándolo como sistemático, positivo, adecuado y encaminado a los intereses y protección de estos.

De igual manera, se evaluó de efectiva la implementación de la cátedra del adulto mayor en prisiones, que contribuye a la calidad de vida desde la educación como un derecho, y profundiza con sus temáticas en el desarrollo humano dedicado al conocimiento de la edad y de la seguridad social.

Las características psicológicas o sociales que predominan en el geronte y posibilitan un tratamiento diferenciado basado en el respeto y la atención individual durante esta etapa de la vida.

Todos los entrevistados armónicamente evaluaron como de alta calidad y sistemático el tratamiento médico para los adultos mayores reclusos; siendo los problemas fundamentales que se presentan las caídas y las enfermedades respiratorias. Los efectos de la prisionalización que más se manifiestan en los reclusos gerontes son la depresión y la deficiencia sensorial y de estimulación cognitiva-afectiva.

Respecto a las actividades que se desarrollan, se catalogan de carácter educativo, cultural y deportivo, y se propone un grupo de acciones dentro de la prisión para elevar el tratamiento individual y diferenciado a los gerontes, siendo las más representativas la capacitación del personal que atiende a este grupo poblacional y la identificación de vulnerabilidades dentro de la prisión que inciden en la atención diferenciada del geronte.

4. DISCUSIÓN

PRIMERA: En Cuba, los adultos mayores reclusos se identifican a partir de los 60 años, con el deterioro físico y psicológico propio de la edad, lo cual los pone en un estado de vulnerabilidad con respecto a los otros reos e incluso del propio sistema.

SEGUNDA: La atención del adulto mayor recluso necesita ser afrontada desde una visión multidisciplinaria que incluya tanto la regulación informal como la regulación formal. El enfrentamiento informal al problema estudiado debe sustentarse en un enfoque victimocriminológico central, perspectiva que implicaría la contribución de otras disciplinas sociales, como la sociología, la medicina, la psicología social, etc.; mientras la regulación formal se materializa en los diversos enfoques jurídicos de amparo de este grupo poblacional.

TERCERA: Las principales características de los gerontes reclusos avileños fueron identificadas por los funcionarios que los atienden directamente y por los adultos mayores entrevistados. Se evidencia que de acuerdo con la edad no se consideran un grupo de riesgo victimal; la afectación psicológica o social que más padecen es el sentimiento de sentirse solos al no poder estar con sus familiares y amigos. La proyección educativa y de salud dentro de la prisión fue evaluada como satisfactoria, y las actividades fueron valoradas como masivas y participativas.

CUARTA: Los efectos de la prisionalización en los adultos mayores reclusos avileños que más inciden en ellos son: la depresión generada por la soledad que les produce estar separados de su familia y amistades de su entorno; la deficiencia sensorial y de estimulación cognitiva-afectiva y la permanente idea de buscar alternativas para evadirse de los centros penitenciarios. No obstante, se evalúa el tratamiento diferenciado como sistemático, positivo, adecuado y encaminado a los intereses y protección de este grupo etéreo.

REFERENCIAS

Textos

- Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Editorial Siglo XXI.
- Barroso González, J. y Delgado Triana, Y. (2019). La resocialización del sancionado ¿un derecho fundamental? *Summa Iuris*, 7(1), 21-56. doi: <https://doi.org/10.21501/23394536.3274>.
- Castillo Álvarez, A. y Ruiz Vargas, I. (2008). *La reinserción social del transgresor en Cuba: realidad y perspectivas, Vigencia de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. Reforma Penal Internacional (RPI), Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y Sociedad Cubana de Ciencias Penales.
- Clemmer, D. (1968). *The prison community*. Rinehart and Winston.
- Cruzado Balcázar, A. A. (2018). La reinserción ante la penología y las ciencias penitenciarias. <http://www.cultureduca.com/blog/?p=542>.
- Engler, T. (2001). *Marco conceptual del envejecimiento exitoso, digno, activo, productivo y saludable*. Centre for Ageing Research.
- Ezzat, A. (1980). *Victimologie : tendances récentes*. *Revue Regards sur la victime*, 13(1), 6-36.
- Fernández Ballesteros, R. (2004). *Gerontología Social*. Ediciones Pirámide.
- Fernández García, J., Pérez Cepeda, A. I., Sanz Mulas, N., Berdugo Gómez de la Torre, I. y Zúñiga Rodríguez, L. (2001). *Manual de Derecho Penitenciario*. Universidad de Salamanca, editorial COLEX.
- Gálvez Puebla, I. (2007). *Sistema Penitenciario. Evolución y Desarrollo*. Editorial Félix Varela.
- Gómez Pérez, Á. (2004). *Aspectos puntuales acerca de la Victimología*. Editorial Félix Varela.
- Huertas Díaz, O., Martínez Gamboa, R.J., Morales Ortega, E., Martínez Gutiérrez, L. E. y Ruiz Herrera, A.R. (2015). Categoría de género y su incursión en el sistema penitenciario cubano. *Justicia Juris*, 11 (2), 19-29.
- Manzanos Bilbao, C. (2001). *Cárcel y marginación social*. Tercera Prensa - Hirugarren prensa.
- Martí Pérez, J. J. (1991). *El Presidio Político en Cuba, Obras Completas, t. I*. Editorial Ciencias Sociales.

- Martín, M. (2017). *Envejecimiento y cambios psicológicos*. <http://www.indesol.gob.mx/web/Index.php?1=12>.
- Neuman, E. (2008). *La prisión en tiempos del neoliberalismo. Vigencia de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. Reforma Penal Internacional (RPI), Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y Sociedad Cubana de Ciencias Penales.
- Nistal Burón, J. (2005). *El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1156261>.
- Orosa Fraíz, T. (2011). *Psicología del desarrollo en la vejez: Enfoque Histórico-Cultural*, Temas de psicogerontología. Teresa Orosa y Vanesa Pérez. Editorial Universitaria.
- Ortiz Fernández, F. (1927). *Proyecto Oficial de Código Criminal cubano*. Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional.
- Pérez Nájera, C. y González Rodríguez, M. (2016). La política criminal y la seguridad ciudadana en el área de Latinoamérica. *Revista Internacional E-journal of Criminal Sciences*, 10, 14-42.
- Rodríguez, E. (1996). *Técnica Penitenciaria. Surgimiento y desarrollo del Sistema Penitenciario en Cuba. Manual del MININT para el Tratamiento Penitenciario*. La Habana: Ministerio del Interior.
- Rodríguez Manzanera, L. (1998). *Victimología* (4ª ed.). Porrúa.
- Segovia Bernabé, J. L. (2016). *Consecuencias de la prisionización*. <http://www.juntadeandalucia.es>.
- Torres Álvarez, D. (2012). El Derecho a la salud dentro del Sistema Penitenciario. Un acercamiento a la realidad cubana. *Revista Contribución a las Ciencias Sociales*, No. 4 . www.eumed.net/rev/cccss/18/
- Valverde Molina, J. (1991). *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*. Editorial Popular.
- Valverde Molina, J. (1998). Retos penitenciarios al final del siglo XX. <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174308/16+Valverde.pdf>.
- Valverde Molina, J. (2018). Los efectos de la cárcel sobre el preso: consecuencias de internamiento penitenciario. <http://www.me.gov.ar/curriform/publica/valverde-efec-carcel.pdf>.
- Villabella Armengol, C. M. (2012). *Metodología de la Investigación Socio jurídica*. Ediciones Universidad de Camagüey.
- Welch Reyes, Y. R. (2016). *La reeducación y reinserción social del recluso en Centroamérica*. [Tesis de grado, Universidad Rafael Landívar, Ciudad de Guatemala].
- Zamora Hernández, A., Rodríguez Febles, J. y García Álvarez, D. (2020). El sistema penitenciario cubano: consideraciones sobre la resocialización de los internos en la provincia de Ciego de Ávila. *Innovación, tecnología y educación en tiempos de COVID-19*, 1486-1501, doi: 10.5281/zenodo.4457984.

Zavala Gutiérrez, M., Vidal Gutiérrez, D., Castro Salas, M., Quiroga, P. y Klassen Pinto, G. (2017). Funcionamiento social del adulto mayor, *Ciencias de la Enfermería*, 12(2), 53-62.

Legislaciones

Fuentes nacionales

República de Cuba (2019). Constitución de la República de Cuba, Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia.

República de Cuba (1987). Ley N°. 62 Código Penal, República de Cuba, 29 de diciembre 1987, editorial de Ciencias Sociales.

República de Cuba (1969). Código de Defensa Social. Imprenta de la Dirección política de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, 10 de febrero de 1936, actualizada.

República de Cuba (1936). Decreto-Ley N°. 802 de 4 de abril de 1936. *Gaceta Oficial Extraordinaria* n°. 108 de 11 de abril de 1936.

República de Cuba (2008). Reglamento del Sistema Penitenciario de 12 de diciembre de 2008, Orden N°. 30 del ministro del Interior.

República de Cuba (2016). Reglamento del Sistema Penitenciario de 1° de diciembre de 2016, Orden N°. 7 del viceministro primero del Interior.

República de Cuba (1902). Orden Militar N°. 11 de 9 de enero de 1902. *Gaceta de La Habana*, año LXIV, n°. 8, t. I.

República de Cuba (1900). Orden Militar N°. 14 de 14 de enero de 1900. *Gaceta de La Habana*, año LXII, n°. 12, t. I.

Fuentes extranjeras

Organización de Naciones Unidas (13 de mayo de 1977). Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

**El giro hacia el Sur en el derecho
constitucional comparado**
**Ensayo sobre el libro Comparative
Constitutional Law and the Global South**

*The turn towards the South in
Comparative Constitutional Law
Review essay on the book Comparative
Constitutional Law and the Global South*

DANIEL BONILLA MALDONADO

Profesor titular, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
Una versión en inglés de este ensayo será publicada en la revista
VRÜ World Comparative Law de la Universidad Humboldt de Berlín.

Resumen

La academia jurídica históricamente se ha ocupado con diligencia de examinar el conocimiento jurídico como una forma de interactuar, controlar o transformar el mundo. No obstante, se ha ocupado solo tangencialmente de los discursos y prácticas que constituyen las precondiciones para la creación del conocimiento jurídico, así como de aquellos que regulan su valor, distribución y uso. *Comparative Constitutional Law and the Global South* es un libro que se aparta de esta regla general en la academia jurídica. El libro tiene como su objeto de estudio la economía política del conocimiento jurídico. Por un lado, cuestiona los modelos dominantes que controlan la producción, intercambio y uso de productos jurídicos. Por el otro, ofrece un modelo alternativo para crear, distribuir y poner en operación el conocimiento legal. Para examinar los fines del libro, así como su materialización, divido este texto en dos partes. En la primera, describo y analizo los dos modelos dominantes en la economía política del conocimiento jurídico: el modelo liberal y el modelo colonial. En la segunda, examino los argumentos por medio de los cuales el libro cuestiona estos modelos y analizo su propuesta normativa: el giro hacia el Sur en el derecho constitucional comparado.

PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional comparado, Sur Global, economía política del conocimiento jurídico.

Abstract

Legal academia has historically been diligent in examining legal knowledge as a method of interacting with, controlling, or transforming the world. However, it has been only tangentially concerned with the discourses and practices that constitute the preconditions to produce legal knowledge, as well as those that regulate its value, distribution, and use. *The Global South and Comparative Constitutional Law* is a book that deviates from this general rule in legal academia. The book's main subject of enquiry is the political economy of legal knowledge. On the one hand, it questions the dominant models that control the production, exchange, and use of legal products. On the other hand, it offers an alternative model for creating, distributing, and operationalizing legal knowledge. To examine the aims of the book, as well as its materialization, I divide this essay into two parts. First, I describe and analyze the two dominant models in the political economy of legal knowledge: the liberal model and the colonial model. Secondly, I examine the arguments by means of which the book questions these models and analyze its normative proposal: the Southern turn in comparative constitutional law.

KEYWORDS

Comparative constitutional law, Global South, political economy of legal knowledge.

1. INTRODUCCIÓN

El conocimiento jurídico es una mercancía. Como bien transable, el conocimiento jurídico está sujeto a un conjunto de procesos y reglas que regulan su creación, valor e intercambio (Bonilla, 2015, pp. 13-42). Los productos legales, por tanto, están sujetos a una economía política del conocimiento jurídico. Esta economía política precisa los procesos mediante los cuales se puede (y debe) crear conocimiento legal, quiénes pueden ser creadores de conocimiento jurídico, cómo deben relacionarse los creadores y los consumidores de conocimiento legal, qué papel deben desempeñar los distintos operadores que hacen parte de los procesos de creación de productos jurídicos, la dirección que debe tomar el intercambio de este tipo de productos y qué contextos son considerados ricos o pobres para la creación de conocimiento legal (Bonilla, 2018, pp. 29-78). El conocimiento jurídico, claro, es más que una mercancía, por ejemplo, puede entenderse como un bien que tiene valor en sí mismo en cuanto que nos permite describir, analizar o evaluar el mundo; un instrumento que permite solucionar problemas sociales, controlar individuos y comunidades o distribuir recursos escasos; o una herramienta para resistir el poder o para emancipar a los grupos subordinados (White, 2002, pp. 1396-1402).

La academia jurídica históricamente se ha ocupado con diligencia de examinar el conocimiento jurídico como una forma de interactuar, controlar o transformar el mundo (Kennedy, 2003, p. 631; Pirie, 2013, pp. 52-72). No obstante, se ha ocupado solo tangencialmente de los discursos y prácticas que constituyen las precondiciones para la creación del conocimiento jurídico, así como de aquellos que regulan su valor, distribución y uso (Desai y Schomerus, 2018, pp. 89-115; Desai, 2014; Desai y Tpscot, 2015). *Comparative Constitutional Law and the Global South* es un libro que se aparta de esta regla general en la academia jurídica. El libro, quisiera argumentar en este ensayo, tiene como su objeto de estudio la economía política del conocimiento jurídico. Por un lado, cuestiona los modelos dominantes que controlan la producción, intercambio y uso de productos jurídicos. Por el otro, ofrece un modelo alternativo para crear, distribuir y poner en operación el conocimiento legal. Para fundamentar estas tesis divido el texto en dos partes. En la primera, describo y analizo los dos modelos dominantes en la economía política del conocimiento jurídico: el modelo liberal y el modelo colonial. En la segunda, examino los argumentos por medio de los cuales el libro cuestiona estos modelos y analizo su propuesta normativa: el giro hacia el Sur en el derecho (constitucional) comparado. En este ensayo, por tanto, analizo el proyecto que encarna y promueve *Comparative Constitutional Law and the Global South* a través de los lentes del trabajo sobre la geopolítica del conocimiento jurídico que he desarrollado en los últimos años. En consecuencia, este ensayo pone en diálogo dos proyectos descriptivos, analíticos y normativos que en mi interpretación se complementan y fertilizan mutuamente.

2. LA ECONOMÍA POLÍTICA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO DOMINANTE

La economía política del conocimiento jurídico dominante está compuesta por dos modelos que coexisten en disonancia cognitiva en la imaginación jurídica moderna: el modelo liberal de creación de conocimiento jurídico y el modelo colonial de producción de conocimiento legal (Bonilla, 2018, p. 31). Los dos son modelos normativos que compiten por controlar las conciencias jurídicas modernas y, por tanto, por regular las conductas de los individuos con respecto a la creación, intercambio y uso del conocimiento legal. El modelo liberal es el que típicamente aparece, de manera no plenamente articulada o implícita, cuando los operadores jurídicos modernos discuten cuestiones relacionadas con, por ejemplo, el valor de un producto jurídico particular, las debilidades del Sur Global como contexto de producción de conocimiento jurídico o las razones por las cuales los trasplantes jurídicos generalmente provienen del Norte Global y van dirigidas al Sur Global (Bonilla, 2018, pp. 30-31). El modelo se discute abiertamente cuando se exige que se fundamenten las descripciones, análisis y evaluaciones que un interlocutor hace sobre la creación, intercambio o uso de un producto jurídico particular o sobre los procesos generales que los posibilitan. El modelo colonial, en contraste, no aparece o aparece mucho más veladamente en este tipo de conversaciones (Bonilla, 2018, pp. 31-34). Aunque también guía las conductas de las conciencias jurídicas modernas, no se discute de manera abierta en cuanto que entra en conflicto con algunos de los valores de la modernidad ilustrada como la igualdad o la autonomía. Ambos modelos son tipos ideales que simplifican una realidad heterogénea y compleja para poder describirla y comprenderla. Describirlas, por tanto, implica tomar decisiones sobre cuáles elementos son centrales en estos discursos y prácticas, cuáles son periféricos y cuáles son elementos que no hacen parte de ellos.

3. SUJETO ABSTRACTO, ESPACIO GLOBAL E HISTORIA LINEAL

El modelo liberal tiene como espina dorsal tres elementos: sujeto, espacio y tiempo. El mundo es siempre percibido por una conciencia individual localizada e historizada. El modelo liberal de producción de conocimiento jurídico se entrecruza con la filosofía política liberal. En el modelo se intersecan política y epistemología. Algunas de las premisas centrales del liberalismo político se usan para describir, analizar y evaluar a los sujetos de conocimiento, así como sus productos, los procesos mediante los cuales pueden crearse y las formas en que se pueden intercambiar (Bonilla, 2018, pp. 41-42).

El primer componente del modelo caracteriza al sujeto de conocimiento como autónomo y racional (Bonilla, 2018, pp. 36-38). En consecuencia, considera que cualquier individuo puede crear conocimiento jurídico original; cualquier miembro de la especie tiene la capacidad de crear productos jurídicos valiosos. La creación y su calidad son una consecuencia del talento, la disciplina y el trabajo de los individuos (Bonilla, 2018, p. 36). También es consecuencia de la apropiación y uso riguroso de los marcos teóricos y metodologías que se aceptan dentro de la disciplina. El modelo, por tanto, es profundamente igualitarista. La identidad particular del sujeto de conocimiento es irrelevante. El sujeto

de conocimiento liberal es un individuo abstracto, que se caracteriza únicamente por las capacidades que le permiten crear productos jurídicos. No importa su raza, su género o la cultura a la que pertenece. Los sujetos de conocimiento, claro, no crean ese conocimiento en el vacío. Para que puedan cumplir con su cometido necesitan ciertas condiciones materiales, por ejemplo, universidades sólidas, gobiernos que apoyan financiera y políticamente la creación de conocimiento, políticas públicas de largo plazo relacionadas con la investigación y el desarrollo, y un cuerpo profesoral amplio y bien formado (Bonilla, 2018, p. 41). Estas precondiciones, sin embargo, se entienden como consecuencia de una serie de decisiones tomadas autónomamente por las comunidades políticas a las que pertenecen los sujetos de conocimiento. La autonomía, talento, disciplina, rigurosidad y solidez de los individuos y sus colectividades se entrecruzan para posibilitar la creación de conocimiento legal. La calidad de los productos jurídicos, su valor, está condicionada por la capacidad que tengan para describir, analizar o evaluar al mundo con precisión o por las posibilidades que tenga de solucionar los problemas sociales (Bonilla, 2018, p. 42). El triunfo de un producto jurídico en el mercado de las ideas jurídicas será entonces una consecuencia de su veracidad o de su utilidad.

El segundo elemento es el espacial, la geografía conceptual que habita el sujeto de conocimiento abstracto, autónomo y racional. El sujeto de conocimiento liberal puede provenir o estar localizado en cualquier parte del mundo (Bonilla, 2018, pp. 40-41). No es un sujeto territorializado; la creación de conocimiento jurídico no está determinada por el lugar en el que nace o en el que desarrolla sus investigaciones. El espacio que imagina el modelo liberal es el globo. El sujeto de conocimiento cosmopolita, su capacidad para crear conocimiento jurídico, no está ligada de manera necesaria con un lugar particular del globo terráqueo. Claro, el globo no es un espacio material que pueda habitarse; el sujeto de conocimiento siempre está localizado en territorios particulares. No obstante, el lugar específico desde el que construye conocimiento es irrelevante para evaluar sus capacidades para hacerlo o la calidad de sus productos. Los saberes que crean los sujetos de conocimiento jurídico, por tanto, pueden potencialmente viajar desde cualquier lugar hacia cualquier otro lugar del mundo. No hay espacios privilegiados *a priori* para crear conocimiento jurídico. El espacio en el que se puede crear conocimiento legal es multidireccional y no tiene límites distintos a los límites de nuestro planeta. El mercado de las ideas jurídicas es el que determina las direcciones que toma el intercambio de conocimiento jurídico.

Finalmente, el sujeto de conocimiento liberal que habita potencialmente cualquier parte del globo experimenta la historia linealmente (Bonilla, 2018, pp. 38-40). La creación de conocimiento es un proceso de avance lento pero progresivo hacia la verdad o hacia la solución efectiva de los problemas sociales. Los sujetos de conocimiento se basan en los productos jurídicos creados en el pasado para dar forma a los nuevos productos del presente. El éxito del conocimiento jurídico del pasado, su verdad o su utilidad, o su fracaso, su falsedad o ineficacia, son las bases sobre las que descansan para crear nuevo conocimiento jurídico. La creación de conocimiento jurídico es un proceso colectivo guiado por el ensayo y el error. Ahora bien, dentro de las comunidades políticas modernas comprometidas con

los valores políticos liberales esta linealidad de la historia del conocimiento es también producto del entrecruzamiento continuo entre razón y voluntad (Kahn, 1999, pp. 7-30). Los productos jurídicos autoritativos son aquellos que construye la razón y que la voluntad soberana acepta como propios. No obstante, la razón falla o el soberano cambia de opinión. El producto jurídico puede haber sido concebido imprecisa o indebidamente o la sociedad para la que se creó no es ya la sociedad en la que se aplica. Asimismo, el soberano, quien tiene capacidad de crear derecho, no es estático; cambia sus opiniones sobre el valor o la utilidad de los productos jurídicos que aceptó en el pasado. La creación de conocimiento jurídico verdadero, útil y legítimo es, por tanto, infinita, aunque se tenga siempre la esperanza de que el nuevo producto será mejor que el producto del pasado (Kahn, 2014, pp. 101-102).

Los procesos mediante los cuales se crea conocimiento jurídico dentro del modelo pueden ser muy distintos: desde procesos extractivos hasta formas de producción en cadena, pasando por procesos colaborativos horizontales (Desai y Tapscot, 2015). En el primero, ciertos espacios son fuente de información empírica que permite la creación de productos jurídicos, por ejemplo, América Latina es una fuente de información sobre la relación entre derecho y cambio social. Un investigador del Norte Global hace trabajo de campo para recoger información empírica sobre su objeto de estudio o contrata a un académico del Sur Global para que recoja la información empírica que necesita para confirmar o negar sus hipótesis. Como consecuencia de este trabajo empírico, el investigador del Norte publica un artículo en una revista de su país. En el segundo, hay un conjunto de operadores jurídicos que desempeñan un papel distinto en el proceso de recolección de la información, su transformación en un producto jurídico de calidad y su posterior distribución. El primer operador podría ser, por ejemplo, un académico local (el informante), el segundo un académico del Norte Global que crea un artículo (el intérprete-creador) y el tercero, los editores de una revista jurídica del Norte Global que se encargan de publicar, promover y difundir el artículo (distribuidores). Finalmente, en el tercer proceso encontramos el acuerdo entre dos sujetos de conocimiento que se entienden como pares en el proceso de recoger e interpretar la información necesaria para crear un producto jurídico, así como para dar forma a esta nueva creación de conocimiento legal (Bonilla y Crawford 2018, pp. 115-140). Aunque los procesos y operadores que crean conocimiento jurídico son muy distintos, todos tienen en común que se trata de sujetos autónomos que voluntariamente aceptan desempeñar un papel particular en el proceso de creación de conocimiento jurídico. Estos procesos, además, se pueden adelantar en cualquier lugar del mundo y colectivamente contribuyen al avance colectivo hacia la “verdad” o hacia la efectiva solución de los problemas que enfrentan las comunidades políticas modernas.

4. LA COLONIA Y LA METRÓPOLIS EN EL CONOCIMIENTO JURÍDICO

El modelo colonial de producción de conocimiento jurídico gira alrededor de los siguientes tres componentes. Por un lado, un sujeto dual: el sujeto colonial y el sujeto metrópolis (Bonilla, 2018, p. 50). El sujeto colonial es un sujeto territorializado y racializado (Bonilla, 2018, pp. 50-51). El modelo imagina al sujeto de conocimiento colonial como un sujeto que está determinado por el espacio del

que proviene; su identidad es una consecuencia de la geografía conceptual de la que emerge y ocupa: el Sur Global, Asia, la colonia, los territorios bárbaros (Bonilla, 2021, pp. 1-29). Asimismo, es un sujeto que se imagina racializado. El color de su piel, negra, morena, amarilla, se entrecruza con sus capacidades para crear conocimiento jurídico. El sujeto colonial se entiende dentro del modelo como un sujeto de conocimiento mimético; solo tiene la capacidad de reproducir, difundir o aplicar localmente el conocimiento original que se crea en la metrópolis. El sujeto metrópolis, en contraste, es un sujeto de conocimiento que tiene la capacidad de construir conocimiento jurídico original; es un sujeto poético. El sujeto metrópolis, no obstante, también es un sujeto territorializado y racializado; sus capacidades para crear conocimiento se entrecruzan con el lugar del que proviene: el Norte Global, Europa, la metrópolis, los territorios civilizados. El sujeto metrópolis igualmente se imagina como un sujeto blanco. El color de su piel, además, se vincula con el lugar del que proviene. El sujeto de conocimiento poético es blanco, y lo es porque es europeo, proviene de la metrópolis, del Norte Global. En el modelo colonial, territorio y raza están entrelazados. En el modelo colonial, territorio y raza dan contenido a la identidad del sujeto de conocimiento.

En el modelo colonial, el territorio y la raza que constituyen a los sujetos colonial y metrópolis se intersectan con la cultura (Bonilla, 2018, p. 51). Las capacidades miméticas o poéticas de los sujetos son una consecuencia de la red de significados que se identifican con sus territorios. La cultura de la colonia es una cultura pobre que no tiene la capacidad de crear verdadero derecho, solo sistemas normativos religiosos o morales seculares (Bonilla, 2018, pp. 65-66). En contraste, la cultura de la metrópolis es una cultura rica que tiene la capacidad de crear verdadero derecho: un sistema normativo autónomo distinto a la religión o a la moral secular. Cultura, raza y geografía se entrecruzan para crear al sujeto de conocimiento colonial y al sujeto metrópolis (Bonilla, 2018, p. 67).

Finalmente, el modelo colonial imagina la historia jurídica linealmente (Bonilla, 2018, pp. 54, 57-59). La historia del derecho es un conjunto de puntos que tienen un origen y un fin determinados. El final de la historia está ya ocupado por la metrópolis; su derecho es el producto paradigmático al que todas las culturas y sujetos quieren alcanzar. Las estructuras y contenidos del derecho de la metrópolis materializan los ideales de lo que debería ser un sistema jurídico. Las colonias, en contraste, ocupan distintos puntos anteriores al final de la historia jurídica. La línea de la historia del derecho está constituida por una serie de etapas que todas las culturas deben experimentar, y dejar atrás, para avanzar en el camino único que lleva al progreso jurídico. La historia del derecho de la metrópolis, en consecuencia, es una historia que merece ser narrada; es una historia que debe ser contada para entender la evolución del derecho y su materialización paradigmática (Bonilla, 2018, pp. 51-52). En contraste, la historia jurídica de la colonia es una historia marginal que puede perderse en el tiempo. Es una historia que no merece ser contada; es una historia de reproducción y difusión del derecho de la metrópolis. La historia jurídica de la colonia empieza únicamente cuando entra en contacto con el derecho de la metrópolis. El pasado anterior al encuentro con la metrópolis no se conoce, puede ser ignorado o no tiene ningún valor (Bonilla, 2018, pp. 51-52).

El modelo colonial tiene una fuente dual: las prácticas y los discursos imperialistas que se entrecruzan con la modernidad (Bonilla y Riegner, 2020, pp. 1-19). Las relaciones imperiales entre Europa, por un lado, y Asia, África y América, por el otro, que se consolidan en el siglo XVI se caracterizan por un dominio político basado en la violencia y fundamentado en la supuesta superioridad racial y cultural europea. Este dominio se materializa en distintas formas de gobierno colonial: directo, indirecto o de asentamiento (Bonilla y Riegner, 2020, pp. 1-19). El dominio colonial implica, por tanto, un rompimiento total o parcial con las formas culturales nativas. Las culturas locales se evalúan negativamente, son culturas bárbaras, y son destruidas o enviadas a las márgenes de la vida de la colonia. La cultura de la metrópolis se impone como el estándar que los sujetos coloniales deben interiorizar y poner en práctica tanto en la esfera pública como en la privada. El derecho de la colonia, en consecuencia, es el derecho importado de la metrópolis o el derecho tradicional que se ve modificado, influenciado por el derecho de la metrópolis. El derecho local es eliminado del sistema de gobierno colonial, hibridado o tolerado como el sistema que regula la vida privada de los sujetos coloniales (Bonilla y Riegner, 2020, pp. 1-19). Las relaciones imperiales que se entrecruzan con la modernidad también se caracterizan por una relación económica extractiva en la que la colonia es una fuente de recursos para la metrópolis que se obtienen por medio de la explotación de la mano de obra local. El patrimonio local se vuelve propiedad del imperio; se envía a la metrópolis, enriqueciéndola. Los recursos naturales que se extraen no generan mayores consecuencias para el bienestar material de las colonias. Las diversas líneas de desarrollo político, cultural y económico locales se ven, en consecuencia, truncadas parcial o totalmente por la violencia de los procesos de conquista y colonización que padecen los territorios no europeos.

Los discursos que fundamentan el modelo colonial de producción de conocimiento jurídico tienen fuentes y autores muy variados. Los trabajos de los juristas y teólogos de la escuela de Salamanca como Francisco de Vitoria, Tomás de Mercado y Domingo de Soto, que articulan los argumentos que justifican el imperialismo desde el derecho internacional, son un buen ejemplo de ellos (De Vitoria, 1975, pp. 87-10; Alves y Moreira, 2011, pp. 627-638; Mercado, 1977). Otro ejemplo notable son los trabajos de autores paradigmáticos de la ilustración francesa como Condorcet y D’Alambert, que articulan y promueven la idea de la “misión civilizadora” europea (Petitjean, 2005, pp. 107-128). La narrativa que construye el derecho comparado moderno sobre el “yo” y el “otro” del derecho moderno, sin embargo, es particularmente importante para la emergencia y fundamentación del modelo colonial de producción de conocimiento jurídico (Bonilla, 2021, pp. 1-29). Esta narrativa construye las identidades del “yo” y el “otro” que constituyen la columna dorsal del derecho moderno. El derecho moderno, que se entrelaza con el imperialismo y el colonialismo, está constituido tanto por lo que “es” como por lo que no “es”. El derecho moderno está constituido por lo que se imagina fuera de él. La ausencia constituye al derecho moderno, aunque esta ausencia haya sido construida por el mismo. Las subjetividades dominantes en la modernidad son, en parte, subjetividades jurídicas. El derecho moderno es una parte de la red de significados que habita y que a la vez construye al sujeto moderno (Bonilla, 2021, pp. 29-45).

La narrativa que construye el derecho comparado se articula en tres momentos centrales de la historia de la disciplina: los estudios comparados instrumentales, los estudios legislativos comparados y el derecho comparado como disciplina autónoma (Bonilla, 2021, pp. 12-25). Esta genealogía del derecho comparado moderno tiene continuidades y discontinuidades. La oposición conceptual entre el bárbaro jurídico y el sujeto de derechos atraviesa tanto en el momento de emergencia (estudios comparados instrumentales) como los momentos de transformación de la narrativa (estudios legislativos comparados y derecho comparado como disciplina autónoma). Sin embargo, al mismo tiempo, en cada momento, esta estructura conceptual se llena de contenido y se fundamenta de forma disímil.

Los estudios comparados instrumentales, representados paradigmáticamente por Montesquieu, construyen su narrativa en tres pasos (Bonilla, 2021, pp. 46-69). En cada uno de ellos, Montesquieu hace uso del método comparado para justificar sus tesis. El “derecho comparado” es una herramienta para justiciar sus tesis filosóficas y sociológicas. El primer paso de la argumentación vincula derecho natural y derecho positivo (Montesquieu, 2001, pp. 20-23). Montesquieu es un iusnaturalista; cree que existen principios morales universales que pueden ser conocidos por medio de la razón. No obstante, para Montesquieu, estos principios tienen un alto grado de abstracción. Para que puedan guiar efectivamente la conducta de los individuos, por ende, estos principios deben ser desarrollados mediante el derecho positivo (Montesquieu, 2001, pp. 21-23). La concreción de estos principios, sin embargo, debe tener en cuenta las características de cada comunidad política. El derecho positivo como reglamentación del derecho natural debe tener en cuenta el contexto; no hay, ni debe haber, un derecho positivo universal. El segundo paso en la argumentación desarrolla los nexos entre derecho positivo y contexto (Montesquieu, 2001, p. 23). Para Montesquieu la geografía tiene una relación causal con el derecho y la política (pp. 248-250). En algunos pasajes de su obra, Montesquieu argumenta que la geografía determina los sistemas jurídicos y políticos (pp. 248-250). En otros parece que el vínculo entre estas categorías puede romperse mediante la voluntad humana (p. 327).

En el tercer paso en la línea de argumentación, Montesquieu aplica las dos tesis anteriores a la realidad social. Identifica el clima cálido y las grandes extensiones de tierra con Asia, el “otro” del derecho y la política europeas (p. 296). El clima cálido afecta la biología y la psicología de los asiáticos (p. 246). El calor hace que sus cuerpos sean débiles y que sus personalidades se estructuren alrededor de características como la cobardía, la pereza, el afeminamiento, la falta de previsión y la falta de compromiso con la libertad. Los asiáticos se someten sin mayores reparos a sus líderes políticos. Las llanuras vastas, además, hacen que la población se disperse y que sea muy difícil controlar el territorio y sus habitantes (p. 296). Asia, por tanto, no tiene una opción distinta al despotismo para garantizar la paz y el orden en la comunidad política (Montesquieu, 2008, pp. 174-176). Asia, como África y América, no tienen derecho; solo la voluntad caprichosa del déspota como instrumento de control social. En contraste, el clima y la topografía europeas vincula

causalmente al continente con la monarquía constitucional o la democracia (Montesquieu, 2001, p 296). Las estaciones hacen que los cuerpos de los europeos sean fuertes y resistentes. Igualmente, hacen que el carácter de los europeos se caracterice por su valentía, el emprendimiento y que sean varoniles y estén dispuestos a luchar por su libertad. Los europeos no se someten ante cualquier autoridad (Montesquieu, 2001, pp. 293-294). Los territorios pequeños, acotados por grandes accidentes topográficos, además, hacen que las poblaciones sean fácilmente controlables por las autoridades de la comunidad política (p. 296). Europa, por tanto, tiene un nexo causal con formas de gobierno no autoritarias. En Europa, el derecho limita tanto a los asociados como a sus gobernantes. Europa tiene verdadero derecho; no solo religión, moral secular o el capricho de las autoridades políticas para autorregularse (p. 296). En Montesquieu, Asia y Europa (geografía conceptual), el asiático y el europeo (sujeto dual) y una historia estática y potencialmente dinámica (concepción de la historia) llenan de contenido particular la oposición conceptual bárbaro jurídico/sujeto de derechos que atraviesa la genealogía del derecho comparado moderno.

Los estudios legislativos comparados, representados paradigmáticamente por Henry Sumner Maine, constituyen el primer momento de mutación de la narrativa que construye el derecho comparado moderno (Bonilla, 2021, pp. 70-99). Este segundo lapso de la genealogía de la disciplina se caracteriza por hacer uso del método comparado para producir conocimiento que sea útil para los gobiernos imperiales y para el comercio internacional (Corcodel, 2014, pp. 92-118). Conocer las leyes, el objeto de comparación preciso más común para los comparatistas del siglo XIX, facilita el gobierno de las colonias y el flujo global de mercancías; permite adelantarse a los conflictos o sugerir caminos para resolver los que efectivamente se presenten entre distintas jurisdicciones. Maine fue un funcionario imperial en India y uno de los autores más influyentes para que Gran Bretaña se decidiera reemplazar el gobierno directo de sus colonias por uno indirecto (Mantena, 2010, pp. 148-178). El trabajo de Maine, sin embargo, es mucho más ambicioso. Ofrece tesis más amplias sobre la historia y el progreso, así como sobre el lugar que ocupan las distintas comunidades políticas en estas dos formas de pensar el tiempo de la especie humana. Para hacerlo se fundamenta en los métodos comparado e histórico (Maine, 1876, p. 6). Si la geografía conceptual es el centro de la argumentación de Montesquieu, en Maine lo es su concepto de la historia. Maine comprende la historia linealmente; la historia de la humanidad es la historia del avance progresivo de las distintas culturas en esta línea que tiene un origen y un final identificables (Maine, 1876, pp. 6-7, 16). Para fundamentar sus tesis, Maine examina la historia de dos culturas indoeuropeas: India y Gran Bretaña. Las dos, para Maine, tienen raíces comunes (pp. 208-210). No obstante, la primera es el ejemplo paradigmático de una cultura primitiva, mientras que la segunda es el ejemplo paradigmático de una cultura civilizada. Las diferencias entre India y Gran Bretaña, para Maine, se sintetizan en la identificación de la primera con el estatus y la segunda con el contrato (Maine, 1861, p. 70). El fin de la historia que ocupa Gran Bretaña es una consecuencia de su compromiso con la política y el derecho liberales (Corcodel, 2014, pp. 92-118). Autonomía, razón, igualdad, individualismo y la separación entre el derecho y la moral, entre otros valores, caracterizan el

ordenamiento jurídico y político británico. Asimismo, se caracteriza por estar en línea directa con la cultura griega y el derecho romano, que son fuente del liberalismo. La barbarie india se explica por su compromiso con valores tradicionales que giran alrededor de la religión y de una sociedad jerárquica y estamental (Maine, 1876, p. 215).

La historia del progreso jurídico y político que se entrecruza con el progreso cultural está compuesta, para Maine, por cuatro procesos que están estrechamente entrelazados. En el primero se pasa del derecho como revelación al derecho como costumbre para llegar al derecho codificado (Maine, 1861, pp. 2-9). En el segundo, la relación entre derecho y cambio social se explica por herramientas cada vez más precisas y sofisticadas: las ficciones jurídicas, la equidad y la legislación (pp. 9-13). En el tercero, las sociedades se mueven de la familia patriarcal al individuo como unidad básica de la sociedad (pp. 50-69); y en el cuarto se da el paso de la sangre al territorio como criterio para identificar a los miembros de la sociedad (pp. 50, 60-64). Gran Bretaña se estructura alrededor del individuo autónomo (y los contratos que genera), el derecho legislado como instrumento para adaptar el derecho a la sociedad, el derecho legislado o jurisprudencial escrito y el territorio como criterio para identificar a los súbditos de la monarquía constitucional. India, con las etapas no desarrolladas de cada uno de estos procesos (costumbre, ficciones jurídicas y equidad, familia patriarcal y filiación).

La historia como categoría central en la narrativa de Maine es experimentada por un sujeto dual que habita un espacio conceptual dicotómico (Bonilla, 2021, pp. 93-94). El sujeto colonial, el indio, y el sujeto metrópolis, el europeo, encarnan al concepto de individuo que construye Maine en su narrativa. Occidente desarrollado, representado paradigmáticamente por Gran Bretaña, y el resto del mundo primitivo, representado paradigmáticamente por India, constituyen la geografía conceptual de la narrativa (pp. 93-94).

El tercer momento de la genealogía del derecho comparado moderno que fundamenta el modelo colonial de conocimiento jurídico, el derecho comparado como disciplina autónoma, tiene como representantes paradigmáticos a René David, Konrad Zweigert y Heinz Kötz (Bonilla, 2021, pp. 100-132). La narrativa que estos autores construyen gira alrededor del sujeto que imaginan, no de la noción de tiempo, como en Maine, o del espacio, como en Montesquieu. Esta narrativa tiene como origen mítico el primer congreso internacional de derecho comparado que se organizó en París en 1900 (Zweigert y Kötz, 1998, p. 2). En este seminario se fijan los fines centrales de la disciplina: la unificación y armonización del derecho y la creación de taxonomías jurídicas como una forma de comprender la inmensa heterogeneidad del mundo jurídico global (David, 1947, pp. 296, 299; Zweigert y Kötz, 1998, p. 3). La familia jurídica es el sujeto colectivo que crea la narrativa que construyen David y Zweigert-Kötz. Este sujeto colectivo es una materialización del objetivo taxonómico que se fija la disciplina. Las familias jurídicas permitirán ordenar y comprender el mundo jurídico, tal y como las taxonomías creadas por los biólogos permiten comprender la fauna y la flora (Zweigert y Kötz, 1998, pp. 10-11).

El sujeto colectivo creado por la narrativa tiene dos divisiones, una interna y otra externa (Bonilla, 2021, p. 104). La interna divide a cada familia jurídica entre los sistemas jurídicos madre y los sistemas jurídicos hijo (Zweigert, y Kötz 1998, p. 41). Los primeros son la fuente de los discursos y prácticas que caracterizan a cada familia. En el caso de la familia civilista, Francia y Alemania; en el caso de la familia consuetudinaria, Gran Bretaña y Estados Unidos. Los demás sistemas simplemente reproducen de manera más o menos precisa sus estructuras. Conocer los sistemas jurídicos hijo, por tanto, resulta irrelevante. No es necesario conocer las iteraciones, solo el original; los sistemas hijo no son objetos de estudio que valga la pena describir y analizar (Zweigert y Kötz, 1998, p. 36). La externa divide entre las familias jurídicas occidentales, la romano-germánica y la anglosajona, y las familias jurídicas del resto del mundo, la islámica y la hinduista, entre otras (Bonilla, 2021, pp. 105-106). La fortaleza de las familias jurídicas occidentales, para esta narrativa, radica principalmente en que lograron separar derecho y moral (David y Brierley, 1985, pp. 17-19, 39). El derecho es un sistema normativo autónomo o semiautónomo. En contraste, en las familias jurídicas occidentales el derecho no se logra desvincular de la religión. El islam, el hinduismo se entrecruzan con el derecho; no es posible distinguirlos. Asimismo, las familias jurídicas occidentales son consecuencia de una cultura robusta que permite la creación de un derecho sólido (Bonilla 2021, pp. 113-114). El derecho se entiende como un epifenómeno de la cultura. Nuevamente, como en Maine, las culturas griega y romana se entienden como la fuente de la cultura europea moderna de la que emergen los sistemas jurídicos liberales que pertenecen a las familias occidentales (David y Brierley 1985, pp. 14-15; Zweigert y Kötz, 1998, pp. 68-71). Las culturas que crean las familias no occidentales, en contraste, son culturas débiles que no pueden generar un derecho autónomo y liberal sólido. Las familias jurídicas occidentales, con el tiempo, terminarán de absorber, desplazar o marginar a las familias no occidentales. La fortaleza de estas tradiciones jurídicas hace que este sea un proceso inevitable (David y Brierley, 1985, p. 27).

Los sujetos colectivos que crean David y Zweigert-Kötz habitan una geografía conceptual imaginada dual: la metrópolis y colonia, Occidente y el resto del mundo, los territorios civilizados y los territorios bárbaros, el Norte Global y el Sur Global (Bonilla, 2021, pp. 130-132). En los primeros se crea verdadero derecho; en los segundos solo moral y religión. En los primeros se crean productos jurídicos originales; en los segundos se reproducen, difunden y aplican localmente los productos que se crean en las familias jurídicas occidentales. Los sujetos colectivos, en esta narrativa, por tanto, experimentan linealmente la historia. El progreso está mediado por el derecho, y el derecho que permite el progreso es el derecho liberal occidental. La historia tiene un origen y un final, así como una serie de etapas que hay que sobrepasar para transitar de la primera a la última fase. Los bárbaros jurídicos luchan por superar las etapas que les hacen falta para ocupar el lugar que ocupan los sujetos de derechos (Bonilla, 2021, p. 126).

Los tres momentos que constituyen la genealogía del derecho comparado, en suma, fundamentan el modelo colonial de creación de conocimiento jurídico. Los tres proveen un conjunto de razones

que justifican la oposición conceptual bárbaro jurídico/sujeto de derecho que atraviesa al modelo. Cada uno, sin embargo, al mismo tiempo ofrece un conjunto de razones específicas distintas para llenar esta oposición de contenido y para fundamentarla.

5. EL GIRO HACIA EL SUR: POLÍTICA, TEORÍA Y METODOLOGÍA

Comparative Constitutional Law and the Global South cuestiona de manera persuasiva la economía política del conocimiento jurídico dominante. Phillip Dann, Michael Riegner y Maxim Bonneman, los editores de este proyecto editorial, reconocen que el derecho constitucional comparado se ha globalizado geográficamente, diversificado metodológicamente y pluralizado epistemológicamente (Dann, Riegner y Bönemann, 2020, pp. 1, 30-38). No obstante, también argumentan que todavía existe una profunda relación vertical entre el derecho y la academia jurídica del Norte y el Sur globales (Dann, Riegner y Bönemann, 2020, pp. 1, 30-38). El derecho constitucional del Sur Global está insuficientemente representado en las publicaciones, los materiales de enseñanza, los seminarios y las redes de investigación internacionales. Esta relación vertical, además, no es simplemente la consecuencia del triunfo de los productos jurídicos del Norte Global en el mercado de las ideas jurídicas. No es simplemente el triunfo del talento, la disciplina y las buenas decisiones que toman los académicos del derecho del Norte Global, como lo explicaría el modelo liberal de creación de conocimiento jurídico. Esta relación vertical es consecuencia del desbalance de poder político, económico y cultural que existe entre el Norte y el Sur Globales. Este desequilibrio es, en parte, efecto de las relaciones imperiales y coloniales entre estas dos geografías conceptuales (p. 15).

El Sur Global, argumentan Dann, Riegner y Bönemann, está compuesto por un conjunto de países muy diversos que se caracterizan por tener micropatrones profundamente heterogéneos (p. 14). No obstante, estos países también tienen macropatrones comunes, macropatrones que atraviesan su historia (p. 14). Estos macropatrones son los que justifican que puedan ser incluidos dentro de una misma categoría: Sur Global. Dos macropatrones son de particular importancia para la argumentación de Dann, Riegner y Bönemann: la experiencia colonial y postcolonial de los países del Sur y su carácter periférico en el orden global moderno (pp. 15-18). Estos macropatrones tiene consecuencias epistemológicas importantes: la marginación, indiferencia y devaluación de los productos jurídicos del Sur Global, así como la insuficiente teorización sobre sus discursos y prácticas legales. El modelo liberal de producción de conocimiento jurídico, en consecuencia, no tiene la capacidad de describir, evaluar o transformar estas dinámicas de poder. El énfasis que pone en sujetos de conocimiento supuestamente autónomos e iguales que generan saber jurídico como consecuencia de su talento, disciplina y trabajo oscurece las relaciones de poder que atraviesan los procesos de producción, intercambio y uso de conocimiento jurídico.

El modelo liberal oscurece las injusticias epistémicas que genera la relación vertical entre las comunidades jurídicas del Norte y el Sur globales (Dann et al., 2020, pp. 31-32). Estas injusticias

deben ser explicitadas, criticadas y enfrentadas. Por tanto, el modelo colonial de producción de conocimiento jurídico debe ser puesto en cuestión y reemplazado. El triunfo global de las ideas jurídicas del Norte Global no ha sido siempre consecuencia de su veracidad o de su utilidad para solucionar problemas sociales. Ha sido también consecuencia de la violencia de la modernidad colonial que implicó el reemplazo o marginación de las tradiciones jurídicas del Sur Global, así como su integración forzada en un orden global jerarquizado, el dominio político de las colonias fundamentándose en discursos que se basan en la superioridad racial y cultural del Norte Global, la interrupción de los procesos de desarrollo nativos y la compresión, luego de la independencia de la metrópolis, de los procesos económicos y políticos implementados durante ciclos muy largos en el Norte Global (Dann et al., 2020, pp. 15-17). Para Dann, Riegner y Bönneman, la oposición conceptual bárbaro jurídico/sujeto que atraviesa al modelo colonial de producción de conocimiento jurídico desconoce los efectos negativos que tienen las injusticias epistémicas que genera. Los editores del libro no desarrollan este argumento. No obstante, creo que abre un camino de investigación prometedor: la relación entre la injusticia testimonial y la injusticia hermenéutica, por un lado, y los modelos liberal y colonial, por el otro (Fricker, 2007, pp. 9-17, 147-175).

Comparative Constitutional Law and the Global South, sin embargo, no solo ofrece herramientas analíticas y críticas para cuestionar la economía política del conocimiento jurídico dominante. También ofrece un proyecto normativo sólido y sugestivo: el giro hacia el Sur en el derecho (constitucional) comparado (Dann et al., 2020, pp. 11-14). En mi interpretación, este proyecto normativo se compone de tres elementos que se entrecruzan: uno político, otro teórico y uno más metodológico.

6. UN MANIFIESTO POLÍTICO

Comparative Constitutional Law and the Global South es un manifiesto político. Dann, Riegner y Bönneman argumentan que el giro hacia el Sur implica no hacer derecho comparado *para* el Sur Global y no solo hacer derecho comparado *con* el Sur Global (pp. 11-14). Proponen, en contraste, hacer derecho comparado *desde* el Sur (p. 13). Las primeras dos alternativas hacen parte de la economía política del conocimiento jurídica dominante. La primera opción exige crear productos jurídicos en el Norte Global para darle forma o transformar al Sur Global. Igualmente, concibe al Sur como un espacio de difusión del conocimiento legal que se construye en otras latitudes. Inmersa en el modelo colonial, esta perspectiva asume que el Sur es un contexto pobre para la creación de conocimiento jurídico. El Sur es solo un objeto de derecho en un doble sentido: un espacio para los trasplantes jurídicos (el derecho se le impone desde afuera) y una geografía para estudiar las fallas o el fracaso del derecho como sistema normativo.

La segunda alternativa, derecho comparado *con* el Sur, está comprometida con la ampliación de la base empírica que constituye el objeto de estudio del derecho (constitucional) comparado. Los sistemas jurídicos del Sur deben acogerse dentro del conjunto de ordenamientos que deben ser

descritos, analizados y evaluados por los comparatistas. Las muestras que se comparan deben globalizarse. Las versiones más sensibles al “otro” del derecho moderno dentro de esta segunda opción reconocen también los productos creados en el Sur Global y por parte de los académicos que hacen parte de esta geografía conceptual. En esta segunda opción, el derecho del Sur Global coexiste con el derecho del Norte Global. No obstante, esta perspectiva sigue inmersa dentro de la economía política del conocimiento jurídico dominante. Las premisas teóricas y los patrones prácticos que constituyen a la disciplina no se cuestionan ni se transforman. El “otro” del derecho moderno es reconocido por el “yo” del derecho moderno. Sin embargo, como en el modelo liberal, las dinámicas de poder que dieron lugar a las premisas teóricas y metodológicas, así como a las formas de hacer derecho comparado, permanecen intactas. Los sistemas jurídicos y los académicos del Sur y el Norte Globales se entienden en “abstracto” como pares. Sujetos y colectividades autónomas que interactúan libremente y que deben estudiarse por igual dentro de la disciplina. Sin embargo, en la práctica la oposición conceptual bárbaro jurídico/sujeto de derechos que atraviesa al modelo colonial sigue construyendo una parte de las conciencias de los comparatistas del derecho comparado dominante y las formas de hacer derecho comparado que ponen en operación.

El derecho comparado desde el Sur, por el contrario, quiere usar la experiencia histórica del Sur (colonialismo, postcolonialidad y su carácter periférico) y los temas particulares que preocupan a su constitucionalismo (ver sección siguiente en este texto) para cuestionar el marco epistemológico dominante en el derecho (constitucional) comparado (Dann et al., 2020, pp. 13-15). El Sur se convierte entonces en un espacio conceptual desde el cual criticar a la ortodoxia del derecho comparado y para dismantelar las jerarquías que el modelo colonial de creación de conocimiento jurídico ha construido entre las ideas, las instituciones y los investigadores del Norte y el Sur Globales. Asimismo, el giro hacia el Sur en el derecho comparado exige dismantelar las premisas que *a priori* consideran los productos del Sur como no valiosos y los del Norte como valiosos (útiles, veraces y eficaces). El giro hacia el Sur, por tanto, exige una apertura hacia el “otro” que abre la posibilidad de aprender del derecho del “bárbaro jurídico”, de los productos del “otro” del derecho moderno. Haciendo uso de las herramientas que ofrece la teoría crítica del derecho, el giro, además propone que se repense el Norte desde el Sur; que los comparatistas se abran a la posibilidad a que las experiencias, herramientas teóricas y prácticas que el Sur ha creado puedan ser útiles para analizar y transformar el derecho del Norte Global (Dann et al., 2020, pp. 13, 32).

El manifiesto político que proponen Dann, Riegner y Bonemman no es únicamente una propuesta normativa para que sea aplicada colectivamente en el futuro. El libro mismo es una aplicación del giro hacia el Sur que los editores del libro les ofrecen a los lectores. El texto tiene como origen un seminario organizado en la Universidad Humboldt de Berlín organizado por los editores del libro (Dann et al., 2020). En el seminario, como en el libro, se reúnen un conjunto de académicos del derecho del Norte y el Sur Globales a pensar conjunta, crítica y colaborativamente en el derecho comparado desde el Sur Global. Los editores, salvo la introducción que da forma al proyecto, no

contribuyen con otros textos al libro. Las voces de los otros autores deben ser oídas. Los editores son facilitadores del intercambio de ideas entre autores de diversas latitudes sobre los posibles significados, las fortalezas y las debilidades del giro hacia el Sur en el derecho (constitucional) comparado. Asimismo, de manera explícita, reconocen y reflexionan sobre la manera como sus identidades, tres hombres blancos del Norte Global, afectan esta construcción colaborativa de conocimiento (p. 37). El libro es, pues, una aplicación del principio de “diversificación institucional” que hace parte del proyecto político y académico que constituye al giro hacia el Sur (pp. 35-36). El libro hace uso de las asimetrías de poder que existen entre los académicos de una institución académica prestigiosa del Norte Global y los académicos del Sur y del Norte que participan en el proyecto para atacar esas mismas asimetrías. De esta forma, Dann, Riegner y Bonemman reconocen las dinámicas de poder que el modelo liberal de creación de conocimiento jurídico ignora y enfrentan los desbalances de poder que crea el modelo colonial. El libro es un diálogo entre pares para pensar problemas que son de interés común y que atraviesan a la disciplina. Es, además, un paso más en el proceso de “comparación lenta” que Dann, Riegner y Bonemman proponen. El derecho comparado debe ser un proceso acompasado que se preocupe por los mismos objetos de estudio por largos periodos. Los editores del libro han investigado por años las relaciones entre el Norte y el Sur Globales desde la perspectiva del derecho comparado (Dann, 2011, pp. 160-176, Dann y Hanschmann, 2012, pp. 123-127; Riegner, 2017, pp. 332-366; Riegner y Kumar, 2020, pp. 191-222; Bönnemann y Jung, 2017). Las estructuras conceptuales y prácticas que han generado los modelos que constituyen a la economía política del conocimiento jurídico solo se pueden transformar mediante alianzas estrechas de largo plazo entre académicos del Norte y el Sur globales.

7. UN EXAMEN CRÍTICO DEL CONCEPTO SUR GLOBAL Y LA AUTOREFLEXIVIDAD EPISTÉMICA

Las contribuciones teóricas del libro se construyen en las siguientes dos áreas: el examen crítico del concepto “Sur Global” y el análisis de la autoreflexividad epistémica que exige el giro hacia el Sur. La premisa de la que parte el libro es que el Sur Global es un concepto que tiene tracción descriptiva, analítica y crítica. En la categoría “Sur Global” se reúnen un conjunto de países heterogéneos en sus patrones micro pero que comparten dos macropatrones históricos: la experiencia colonial y postcolonial y el interés por enfrentar tres problemas que son particularmente notables, aunque no únicos, en el Sur Global (Dann et al., 2020, pp. 2-3). El primer punto, sobre la experiencia histórica común, lo examiné en la sección anterior. El segundo punto gira, primero, en torno al énfasis que se hace en el Sur Global en las dimensiones socioeconómicas de las constituciones y el constitucionalismo (p. 3). Como respuesta a los problemas de pobreza, exclusión y desigualdad que enfrentan los países que lo constituyen, el constitucionalismo del Sur Global ha explorado mucho más que el constitucionalismo del Norte Global la estructura, los contenidos y los diseños institucionales que requieren los derechos sociales y económicos para materializarse (pp. 18- 23). Esta preocupación por los derechos socioeconómicos generalmente se recoge en la discusión sobre

el constitucionalismo transformador del Sur Global, que se diferencia del constitucionalismo de la preservación, con su obsesión por los derechos civiles y políticos, la estabilidad de un orden que se considera fundamentalmente justo y el compromiso con un Estado poco interventor, que es característico del Norte Global (pp. 20-22).

El constitucionalismo transformador, por el contrario, se interpreta como un constitucionalismo comprometido con la idea de que el Estado debe intervenir sistemática y continuamente en la sociedad para lograr los fines de justicia material que lo estructuran. Igualmente, se caracteriza por reconocer que el Estado tiene obligaciones positivas relacionadas con la justicia social, por reconocer la importancia que tienen los derechos sociales y económicos para garantizarla, por aceptar que los derechos humanos y constitucionales tienen efectos horizontales y por la importancia que tiene la judicatura en la materialización de la agenda transformadora que tienen las constituciones en el Sur Global (Baxi, 2013, p. 19; Dann, 2020, p. 21).

Los textos de Heinz Klug, Diego Werneck Arguelhes y Roberto Gargarella contribuyen de manera rica y compleja a la discusión sobre las dimensiones socioeconómicas del constitucionalismo transformador. El texto de Klug, por un lado, examina los patrones discursivos y prácticos de los constitucionalismos africanos, analiza los distintos significados que se le ha dado al constitucionalismo transformador en Suráfrica y se pregunta por la utilidad de ponerlo en operación en el resto del continente africano. Por el otro, desde una perspectiva normativa, Klug propone que el concepto “constitucionalismo transformador” se utilice como un criterio de evaluación sociológico para determinar si las constituciones “transformadoras” se aplican, y en qué grado, o si son textos aspiracionales que flotan vacuamente sobre las sociedades del Sur Global (Klug, 2020, pp. 141-164). Werneck Arguelhes examina lo que él considera un caso “negativo” de constitucionalismo transformador, el brasileño. Werneck Arguelhes argumenta que las promesas transformadoras de la constitución brasileña no se han materializado en los niveles que serían deseables. Igualmente, advierte sobre los peligros de generalizar los casos relativamente exitosos del constitucionalismo transformador, como el colombiano, al resto del Sur Global y sobre los peligros de perderse en los callejones del discurso normativo del constitucionalismo transformador. Arguelhes argumenta que lo realmente importante es la eficacia del discurso; lo que es relevante es el impacto que tiene la constitución en la realidad social, si es o no capaz de reducir las injusticias que la atraviesan. Arguelhes, finalmente, argumenta que el constitucionalismo transformador se ha centrado excesivamente en el papel que desempeñan las cortes en la transformación socioeconómica de las comunidades políticas. Como el caso de Brasil lo demuestra, en ocasiones, el cambio socioeconómico es una consecuencia del trabajo mancomunado de las tres ramas del poder público (Arguelhes, 2020, pp. 165-189).

Roberto Gargarella no examina de manera directa el concepto del constitucionalismo transformador. Sin embargo, analiza un tema que está directamente relacionado con este concepto: las continuidades y discontinuidades del constitucionalismo latinoamericano con respecto a los de-

rechos socioeconómicos. Más precisamente, examina la manera como tres perspectivas políticas centrales en la historia política y jurídica de la región, el republicanismo, el liberalismo-conservadurismo y el conservadurismo social, han enfrentado las injusticias socioeconómicas en América Latina. Gargarella argumenta que estas perspectivas se han concentrado excesivamente en la parte dogmática y le han dado muy poca importancia a la parte orgánica de las constituciones. En consecuencia, para Gargarella, no ha habido cambios notables en las formas en que se distribuye el poder dentro de las estructuras estatales latinoamericanas y se han reducido las posibilidades de que se enfrenten efectivamente las injusticias socioeconómicas en la región (Gargarella, 2020, pp. 235-249). Soujit Choudry explora una dimensión distinta del constitucionalismo transformador. Choudry no examina las dimensiones socioeconómicas de este concepto. Más bien, examina dos formas de interpretar el constitucionalismo transformador: una cosmopolita y otra anticolonial. Del mismo modo, examina las relaciones entre estos modelos y el proceso mediante el cual se reconocieron los derechos de las parejas del mismo sexo en India (Choudhry, 2020, pp. 190-209).

El segundo tema en el cual ha enfatizado el constitucionalismo del Sur Global es el de las estructuras políticas que deben dar forma a los Estados que componen a esta geografía conceptual (Dann, 2020, pp. 23-27). El constitucionalismo es entendido en el Sur Global, en parte, como un espacio de lucha sobre cómo debe diseñarse el Estado. Esta lucha se da en un contexto caracterizado por las siguientes tres variables: (i) la existencia de sociedades profundamente heterogéneas y jerárquicas; (ii) el colonialismo inhibió o dificultó la creación de las precondiciones que se requieren para el surgimiento de una cultura democrática sólida: partidos políticos, sociedades civiles y una esfera pública robustos; y (iii) los límites que impone la omnipresencia de la matriz conceptual y práctica del Estado-nación en la región. Dann, Riegner y Bönneman argumentan que la lucha política que se da en este contexto sobre las estructuras estatales ha girado en buena parte alrededor de los conflictos entre las tendencias autoritarias y democráticas en los países del Sur Global (p. 23; Eslava, 2019, pp. 71-100). Los artículos de Weitseng Chen y Roberto Niembro Ortega exploran de manera minuciosa este tema.

Chen analiza el autoritarismo constitucional en Asia y Niembro Ortega el autoritarismo constitucional mexicano. Chen examina lo que describe como el carácter híbrido de los Estados en Asia: relativamente estables, funcionales y sólidos económicamente, por un lado; y con ramas ejecutivas con pocos límites jurídicos, por el otro. Para Chen, los países asiáticos se caracterizan por un compromiso pragmático e instrumental con el constitucionalismo. Este constitucionalismo permite la coordinación de las élites gobernantes, controla los niveles bajos de las burocracias estatales, incentiva las actividades económicas y legitima políticamente al Estado. Sin embargo, al mismo tiempo, incentiva o no controla las tendencias autoritarias de los líderes políticos de los países de la región (Chen, 2020, pp. 250-269). Niembro Ortega argumenta que el autoritarismo constitucional mexicano, como el de otros Estados del Norte y el Sur Globales, no está determinado por los contenidos de la constitución. Más bien, señala, es una consecuencia de la mentalidad de quienes están en el poder. Niembro

Ortega, por tanto, examina la historia política y jurídica de México para hacer explícito y analizar el carácter híbrido de su constitucionalismo: liberal en sus contenidos, pero autoritario en la interpretación y aplicación de estos valores políticos (Ortega, 2020, pp. 270-288).

El tercer tema que caracteriza el constitucionalismo del Sur Global es el acceso a la justicia (Dann et al., 2020), pp. 27-30). Dann, Riegner y Bonemman no entienden este concepto desde un punto de vista técnico estrecho. Consideran que el acceso a la justicia es central para precisar el tipo y la calidad de la relación que tiene el ciudadano con el Estado. En su concepto, el acceso a la justicia tiene que ver con la fortaleza y eficacia del Estado y el derecho para solucionar los conflictos sociales (Dann et al., 2020, pp. 27-30). En el Sur Global, este tema está relacionado con dos tipos de contradicciones que atraviesan a los Estados y sus sistemas jurídicos. Los Estados del Sur Global son Estados fuertes que organizan y promueven la economía, mantienen unidas sociedades heterogéneas y mantienen el orden público, aun si para lograrlo hacen uso de métodos represivos heredados del colonialismo y, al mismo tiempo, Estados débiles que tienen instituciones y élites disfuncionales, bajos niveles de legitimidad y pocos recursos para cumplir con sus objetivos (Dann et al., 2020, p. 27). Asimismo, los sistemas jurídicos del Sur Global son instrumentos de emancipación y sistemas de opresión; sistemas que protegen los derechos de los ciudadanos y sistemas que no permiten el cambio social o no permiten enfrentar las injusticias que aquejan a la comunidad política y que compiten con otros sistemas normativos, por ejemplo, sistemas normativos religiosos, sociales o los que crean los grupos ilegales (Dann et al., 2020, p. 27; Bonilla, 2013, pp. 1-38). El artículo de David Bilchitz explora el acceso a la justicia desde la perspectiva de los derechos humanos como capacidades. En particular, argumenta que el acceso a la justicia debe interpretarse como una capacidad que tiene dimensiones internas (relacionadas con las capacidades de cada individuo para ejercer este derecho) y dimensiones externas (relacionadas con las fortalezas institucionales para aplicarlo). Asimismo, Bilchitz examina el acceso a la justicia en Suráfrica haciendo uso de estos lentes conceptuales y propone el litigio de interés público indio y la tutela colombiana como instrumentos jurídicos que pueden ayudar a elevar los niveles de aplicación de este derecho en su país (Bilchitz, 2020, pp. 210-234).

Ahora bien, la reflexión teórica sobre el concepto del Sur Global (experiencia y temas) que hacen los editores del libro es ampliada por los artículos de Florian Hoffman, Christine Schwobel-Patel, Zoran Oklopcic y Jediah Krancke. Hofmann argumenta que el concepto “Sur Global” debe dejar de ser únicamente un instrumento para identificar y cuestionar la marginación de la diferencia en el derecho comparado del Norte Global o para criticar la hegemonía del derecho occidental. El Sur Global, para Hoffman, debe entenderse como un espacio constitucional en donde de manera paradigmática se materializa la modernidad. El Sur Global es una geografía conceptual y material caracterizada por el imperialismo, el colonialismo y la hibridez. Examinar el Sur Global, por tanto, permitiría una comprensión más precisa de la modernidad. En consecuencia, Hoffman propone la “meridionalización” del derecho comparado mediante estudios etnográficos que permitan

explicitar, analizar y criticar la manera cómo opera cotidianamente el derecho en el Sur Global. Esta “meridionalización” del derecho comparado permitiría, además, cuestionar los tipos ideales weberianos reificados que han sido centrales en el derecho comparado y que han oscurecido las realidades jurídicas complejas y heterogéneas del Norte y el Sur Globales (Hoffmann, 2020, pp. 41-67). Schwobel-Patel está de acuerdo con Hoffman en que el académico que hace derecho comparado desde el Sur Global debe cuestionar la geopolítica del conocimiento dominante. Para Schwobel-Patel el comparativista del giro hacia el Sur debe contribuir a la descolonización del derecho comparado. En consecuencia, debe analizar los constructos que estabilizan y reproducen la relación vertical entre las comunidades jurídicas del Norte y el Sur globales e historizar los procesos violentos mediante los cuales el derecho occidental ha sido impuesto en el Sur Global, así como las relaciones entre colonialidad y colonialismo. Schwobel-Patel (Schwöbel-Patel, 2020, pp. 68-85) contribuye a la materialización de este objetivo mediante el examen de las conexiones entre economistas neoliberales y abogados comprometidos con el “constitucionalismo global”.

Los artículos de Hoffman y Schwobel-Patel se concentran en cómo hacer derecho comparado desde el Sur. Oklopcic y Krancke se concentran en el *quién*, en el sujeto que hace derecho comparado desde el Sur. Oklopcic argumenta que el comparatista desde el Sur nunca se ha enfrentado realmente a tres problemas centrales para su aproximación al derecho comparado: el carácter polémico de los nombres utilizados para utilizar su localización (El “Sur”, la “colonia”, etc.), la complejidad de lo que se agrupa confusamente en el término “perspectiva” (localizarse, situarse y orientarse) y el carácter eurocentrista de las constituciones y el constitucionalismo modernos. Oklopcic le exige al comparatista-desde-el Sur un mayor grado de autorreflexión que le permita alejarse de las aproximaciones botánicas ingenuas, que acallan la polémica y que son retóricamente tímidas, y que han dominado al derecho comparado (Oklopcic, 2020, pp. 86-109). Krancke, argumenta que el comparatista-desde-el Sur debe convertirse en un adaptador/traductor crítico comprometido con un funcionalismo sofisticado si quiere adelantar un diálogo global cosmopolita sobre el derecho. Para Krancke, este tipo de comparatista debe concentrarse en las dimensiones nacionales, no en las transnacionales de la creación, intercambio y uso del conocimiento jurídico y debe entender que los productos jurídicos innovadores son un bien público que está a disposición de todos los individuos. Del mismo modo, el comparatista ideal de Krancke debe desempeñar un papel activo en la subversión del modelo colonial dentro de la academia, por ejemplo, transformando las formas tradicionales de enseñanza del derecho comparado, ampliando los materiales jurídicos que se utilizan en las clases y buscando activamente socios académicos en el Sur Global (Krancke, 2020, pp. 110-137).

Este conjunto de artículos, así como el marco conceptual en el que los sitúan los editores, cuestionan y enfrentan la economía política del conocimiento jurídico de diversas maneras. Cuestiona y enfrenta de manera directa la indiferencia del modelo liberal frente a la desigualdad que históricamente ha caracterizado la relación entre la academia y las comunidades jurídicas del Norte y el Sur Globales. Del mismo modo, cuestiona y enfrenta la manera como el modelo colonial ha

contribuido a crear estas desigualdades. El libro explicita y cuestiona el carácter vertical de las relaciones jurídicas norte-sur, así como la marginalidad que han tenido los productos y los operadores jurídicos del Sur en el mercado global de las ideas jurídicas. Igualmente, se toma en serio el derecho del Sur Global, las experiencias y temas que lo caracterizan. Los artículos que componen al libro, incluyendo la introducción, teorizan sobre el derecho del Sur Global (examinan su carácter postcolonial y su marginalidad geopolítica) y examinan críticamente sus contenidos; por ejemplo, el autoritarismo constitucional en México y Asia, los bajos niveles de aplicación de los derechos socioeconómicos en América Latina o la indiferencia surafricana frente a las dimensiones internas del derecho al acceso a la justicia.

Asimismo, los capítulos que componen al libro controvierten la oposición conceptual bárbaro jurídico/sujetos de derecho que constituye la espina dorsal del modelo colonial. El libro muestra que el Sur Global puede ser un contexto rico para la producción de conocimiento jurídico y muestra cómo algunos de sus productos legales pueden ser útiles para pensar, criticar y transformar al derecho del Norte Global. El libro muestra, por ejemplo, cómo el concepto de autoritarismo constitucional puede ser útil para describir y analizar la experiencia de países como Hungría, Polonia y los Estados Unidos de Donald Trump. De la misma forma, para seguir con los ejemplos, evidencia como la flexibilización de temas relacionados con la legitimidad para interponer demandas, la sencillez de los procesos y los bajos costos de instrumentos como la tutela colombiana o el litigio de interés público indio pueden servir para hacer más efectivo el derecho al acceso a la justicia en Europa o Norteamérica. Finalmente, ofrece una serie de herramientas conceptuales (etnografías, historización de la colonialidad, autoreflexión crítica, y el comparatista como traductor crítico, entre otras) para darle tracción analítica, crítica y normativa al giro hacia el Sur y, por tanto, para ofrecer algunos instrumentos que contribuirían a crear un modelo de economía política del conocimiento jurídico alternativo al liberal y al colonial, uno que tenga en cuenta el poder, pero que no sea simplemente una inversión de la relación vertical entre el Norte y el Sur Globales.

La segunda contribución teórica que hace el libro se reúne en las diversas aristas que componen al concepto “reflexividad epistémica” (Dann et al., 2020, pp. 31-33). Esta categoría enfrenta de manera directa algunos de los componentes centrales del modelo colonial de creación de conocimiento jurídico. Por un lado, cuestiona la jerarquía epistémica en la que se basa el modelo. La reflexividad epistémica promueve una explicitación y una evaluación crítica de las premisas de las que parte la disciplina, entre otras, la relación unidireccional cultura y derecho, la idea de que solo hay algunas culturas (las que pertenecen a la matriz grecorromana) que tienen la posibilidad de crear “verdadero” derecho y la uniformización como uno de los fines centrales del derecho comparado. El concepto promueve que el comparatista sea consciente del carácter perspectivo de las categorías que usa para realizar su trabajo y que se abra a la posibilidad de reconocer y utilizar lentes conceptuales diferentes, particularmente aquellos que emergen de las experiencias y temas que caracterizan al Sur Global (Dann et al., 2020, pp. 31-33). Este cuestionamiento de las jerarquías

que dominan la relación entre los sujetos de conocimiento del Norte y el Sur globales, además, se entiende como una cuestión de justicia epistémica; se trata de desigualdades que deslegitiman al sujeto de conocimiento del Sur Global y, por tanto, que disminuyen la credibilidad de sus discursos y prácticas y que dificultan la construcción de las categorías necesarias para que pueda nombrar el tipo de injusticias que lo aquejan. El comparatista del giro hacia el Sur debe reconocer, por ende, que los discursos y las prácticas jurídicas no occidentales han sido, y pueden seguir siendo, valiosos para comprender o solucionar problemas sociales en todo el globo.

Por otro lado, la reflexividad epistémica cuestiona la idea, central en el modelo colonial, de que existe un punto de vista privilegiado para la comparación, el del comparatista del Norte Global (Dann et al., 2020, p. 32). El comparatista del Norte no tiene *a priori* unas categorías privilegiadas para conocer el mundo o unas habilidades superiores para comprenderlo o transformarlo. El comparatista comprometido con el giro hacia el Sur, por tanto, debe contribuir a provincializar las aproximaciones teóricas dominantes en el derecho (constitucional) comparado, debe aprender de las historias jurídicas y políticas de los grupos subalternos y debe comprometerse con el “distanciamiento” y la “diferencia”, categorías que permiten la autoreflexión crítica, el reconocimiento del carácter perspectivo de la propia identidad y los peligros de universalizar la red de significados en el que está inmerso. El comparatista del giro hacia el Sur, en suma, debe reconocer y valorar el carácter multiperspectivo de la disciplina. Finalmente, la reflexividad epistémica disputa la idea de que existen culturas jurídicas puras, como lo promueve el modelo colonial. Ni la tradición civilista ni la consuetudinaria son tradiciones no “contaminadas” por otras culturas. La reflexividad epistémica promueve el reconocimiento del carácter híbrido de las culturas legales de todo el mundo. No hay culturas que hayan podido mantenerse aisladas de manera absoluta. Las interacciones entre las distintas culturas jurídicas han sido la regla histórica, no la excepción (Dann et al., 2020, p. 33; Schacherreiter, 2016, pp. 291-232).

8. ANTIFORMALISMO, REALISMO JURÍDICO Y FUNCIONALISMO ILUSTRADO

El giro hacia el Sur critica los métodos tradicionales que han sido dominantes en el derecho comparado como consecuencia de su compromiso cognitivamente disonante con los modelos liberal y colonial de creación de conocimiento jurídico. El giro hacia el Sur no cree que el formalismo y la dogmática jurídica tradicional sean aproximaciones que puedan dar cuenta de la complejidad y la heterogeneidad del derecho (Dann et al., 2020, p. 33). El estudio del derecho de papel, así como su sistematización, no permiten describir, analizar y evaluar sino una parte marginal de los discursos y prácticas que componen a las culturas jurídicas. La obsesión por las fuentes formales del derecho en abstracto y el uso de la maquinaria disponible en el cielo de los conceptos jurídicos para jerarquizarlas y clasificarlas, no son mecanismos apropiados para entender la manera como los ordenamientos jurídicos en el globo están efectivamente estructurados y cómo operan realmente. El giro hacia el Sur implica tomarse en serio el derecho de Asia, África y América Latina. El Sur es y

ha sido una fuente creadora de productos jurídicos originales y de calidad. No obstante, el examen del derecho en los libros de estas regiones del mundo debe complementarse con el examen de su derecho en acción (Dann et al., 2020, p. 28). Normativamente, el giro hacia el Sur se compromete con herramientas que el realismo jurídico estadounidense propuso y que han sido desarrollados y aplicados productivamente por algunas de las corrientes intelectuales contemporáneas, como los estudios legales críticos, el feminismo jurídico y los estudios críticos de raza, a las que influyó: atención al contexto en el que el derecho se crea y aplica, interdisciplinariedad y sensibilidad frente a los entrecruzamientos entre el derecho y la política (Dann et al., 2020, pp. 1-36).

El giro hacia el Sur propuesto por *Comparative Constitutional Law and the Global South* es, en conclusión, una importante contribución para comprender y hacer derecho comparado de formas distintas a las que promueven los modelos liberal y colonial de producción de conocimiento jurídico. El giro hacia el Sur es una propuesta políticamente consciente, teóricamente informada y metodológicamente compleja que abre caminos alternativos para el diálogo Norte-Sur – caminos que vale la pena recorrer con los editores y autores que la impulsan y materializan en este libro.

REFERENCIAS

- Alves, A. A. y Moreira, J. M. (2011). Virtue and Commerce in Domingo de Soto's Thought: Commercial Practices, Character, and the Common Good. *Journal of Business Ethics*, 113 (4), 627-638.
- Arguelhes, D. W. (2020). Transformative Constitutionalism: A View from Brazil. En Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönnemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 165-189). Oxford University Press.
- Baxi, U. (2013). Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism. En O. V. Vieira, U. Baxi y F. Viljoen, *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India, and South Africa* (pp. 19-47). Pretoria, Pretoria University Law Press.
- Bilchitz, D. (2020). Socio-Economic Rights and Expanding Access to Justice in South Africa: What Can Be Done? En Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönnemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 210-234). Oxford University Press.
- Bonilla, D. (2013). Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South. En D. Bonilla, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (pp. 1-38). Cambridge University Press.
- Bonilla, D. (2015). La geopolítica del conocimiento jurídico: teoría y práctica. En D. Bonilla, *Geopolítica del conocimiento jurídico* (pp. 13-42)., Siglo del Hombre Editores.
- Bonilla, D. (2018). The Political Economy of Legal Knowledge. En C. Crawford y D. Bonilla, *Constitutionalism in the Americas* (pp. 29-78). Cheltenham, Edward Elgar.

- Bonilla, D. (2021). *Legal Barbarians: Identity, Modern Comparative Law and the Global South*. Cambridge University Press.
- Bonilla, D. y Crawford, C. (2018). The Political Economy of Legal Knowledge in Action: Collaborative Projects in the Americas. En G. Gregorutti y N. Svenson, *North-South University Research Partnerships in Latin America and the Caribbean* (pp. 115-140). Palgrave MacMillan.
- Bonilla, D. y Riegner, M. (2020). Decolonization. En *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. Recuperado el 8 de septiembre de 2021 de <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e43?rsk=kyk2UX&result=72&prd=MPECCOL>
- Bönnemann, M. y Jung, L. (2017). Critical Legal Studies and Comparative Constitutional Law. En R. Grote, F. Lachenmann y R. Wolfrum, *M. Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press. <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e670>
- Chen, W. (2020). Same Bed, Different Dreams: Constitutionalism and Legality in Asian Hybrid Regimes. En Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönnemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 250-269). Oxford University Press.
- Choudhry, S. (2020). Postcolonial Proportionality: Johar, Transformative Constitutionalism, and Same-Sex Rights in India. En: Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönnemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 190-209). Oxford University Press.
- Corcodel, V. (2014). The Governance Implications of Comparative Legal Thinking: On Henry Maine's Jurisprudence and British Imperialism. En D. P. Fernández y H. Muir Watt, *Private International Law and Global Governance* (pp. 92-118). Oxford University Press.
- Dann, Ph. (2011). Federal Democracy in India and the European Union: Towards Transcontinental Comparison of Constitutional Law. *VRÜ/WCL*, 44 (2), 160-176.
- Dann, Ph. y Hanschmann, F. (2012). Post-colonial Theories and Law. *VRÜ/WCL*, 45(2), 123-127.
- Dann, Ph., Riegner, M. y Bönnemann, M. (2020). The Southern Turn in Comparative Constitutional Law: An Introduction. En Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönnemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 1-38). Oxford University Press.
- David, R. (1947). Edouard Lambert. *Bulletin de la Societe de Legislation Comparee*, 70(4), 296-311.
- David, R. y Brierley, J. E.C. (1985). *Major Legal Systems in The World Today*. Free Press.
- De Vitoria, F. (1975). Relecciones sobre los Indios y el derecho de guerra. Editorial Espasa Calpe.
- Desai, D. (2014). In Search of 'Hire' Knowledge: Donor Hiring Practices and the Organization of the Rule of Law Reform Field. En D. Marshall, *The International Rule of Law Movement – A Crisis of Legitimacy and the Way Forward*. Harvard University Press.
- Desai, D. y Schomerus, M. (2018). There Was A Third Man...: Tales from a Global Policy on Indicators for the Sustainable Development Goals. *Development and Change*, 49(1), 89-115.

- Desai, D. y Tapscott, R. (2015). Tomayto Tomahto: The Research Supply Chain and the Ethics of Knowledge Production. *Humanity Journal*. Recuperado el 8 de septiembre de 2021 de <http://humanityjournal.org/blog/tomayto-tomahto-the-research-supply-chain-and-the-ethics-of-knowledge-production/>
- Eslava, L. (2019). The Developmental State: Independence, Dependency, and History of the South. En J. von Bernstorff y Ph. Dann, *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era* (pp. 71-100). Oxford University Press.
- Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and Ethics of Knowing*. Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2020). Inequality and the Constitution: From Equality to Social Rights. En Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 235-249). Oxford University Press.
- Hoffmann, F. (2020). Facing South: On the Significance of an/other Modernity in Comparative Constitutional Law. En Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 41-67). Oxford University Press.
- Kahn, P. (1999). *The Cultural Study of Law*. The University of Chicago Press.
- Kahn, P. (2014). *El análisis cultural del derecho*. (Traducción de Daniel Bonilla). Siglo del Hombre Editores.
- Kennedy, D. (2003). Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968. *Suffolk University Law Review*, 36 (3), 631.
- Klug, H. (2020). Transformative Constitutionalism as a Model for Africa? En Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 141-164). Oxford University Press.
- Kroncke, J. J. (2020). Legal Innovation as a Global Public Good: Remaking Comparative Law as Indigenization. En Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 110-137). Oxford University Press.
- Maine, H. S. (1861). *Ancient Law*. John Murray, Albemarle Street.
- Maine, H. S. (1876). *Village-Communities in The East and West*. Henry Holt & Company.
- Mantena, K. (2010). *Alibis of Empire: Henry Maine and the Ends of Liberal Imperialism*. Princeton University Press.
- Mercado, Th. de (1977). *Suma de tratos y contratos* (Edición digital basada en la edición del Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid).
- Montesquieu, Ch. de Secondat, baron de (2001). *The Spirit of Laws*. Batoche Books.
- Montesquieu, Ch. de Secondat, baron de (2008). *Persian Letters*. (Traducción Margaret Mauldon). Oxford University Press.
- Oklopčić, Z. (2020). Comparing as (Re-)Imagining: Southern Perspective and the World of Constitutions. En Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 86-109). Oxford University Press.

- Ortega, R. N. (2020). The Challenge of Transforming Mexican Authoritarian Constitutionalism. En Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönnemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 270-288). Oxford University Press.
- Petitjean, P. (2005). Science and the "Civilizing Mission": France and the Colonial Enterprise. En B. Stutchey, *Science Across the European Empires - 1800-1950* (pp. 107-128). Oxford University Press.
- Pirie, F. (2013). Legal Thought: Meaning and Power. En F. Pirie, *The Anthropology of Law* (pp. 52-72). Oxford University Press.
- Riegner, M. (2017). Access to Information as a Human Right and Constitutional Guarantee. A Comparative Perspective. *VRÜ/WCL*, 50 (4), 332-366.
- Riegner, M. y Kumar, S. (2020). Freedom of Expression and Hate Speech. En Ph. Dann y A. Thiruvengadam, *Democratic Constitutionalism in Continental Politics: EU and India Compared* (pp. 191-222). Edward Elgar.
- Schacherreiter, J. (2016). Postcolonial Theory and Comparative Law: On the Methodological and Epistemological Benefits to Comparative Law through Postcolonial Theory. *VRÜ/ WCL*, 49 (3), 291-312.
- Schwöbel-Patel, Ch. (2020). (Global) Constitutionalism and the Geopolitics of Knowledge. En Ph. Dann, M. Riegner y M. Bönnemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law* (pp. 68-85). Oxford University Press.
- White, J. B. (2002). Legal Knowledge. *Harvard Law Review*, 115 (2), 1396-1402.
- Zweigert, K. y Kötz, H. (1998). *An Introduction to Comparative Law*. (Traducción Tony Weir). Oxford University Press.