

**EDITORIAL**  
uninorte

EDICIÓN  
**61**

# 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 61, enero - junio de 2024

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.61.252.968>

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

**Alejandro Díaz Granados**  
MONITOR DE LA REVISTA

## COMITÉ EDITORIAL

**Marcela Palacio Puerta,**  
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, COLOMBIA

**Yira López Castro**  
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

**Mario Alberto Cajas Sarria**  
UNIVERSIDAD ICESI, COLOMBIA

**Juan Luis Goldenberg Serrano**  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA, CHILE

**Juan Pablo Sarmiento**  
UNIVERSIDAD DE LA SABANA, COLOMBIA

**Fernando López Ramón**  
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, ESPAÑA

**Maria Castilla Barea**  
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ, ESPAÑA

**Andrés Botero Bernal**  
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER, COLOMBIA

## COMITÉ CIENTÍFICO

**Alberto Cerda Silva**  
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE

**Carlos Pizarro**  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, CHILE

**Beatriz Londoño Toro**  
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

**Andrea Macía Morillo**  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, ESPAÑA

**Andrea Montenegro**  
UNIVERSIDAD EL BOSQUE, COLOMBIA

**Luis Eslava**  
UNIVERSITY OF KENT, INGLATERRA

**Hans Lindahl**  
TILBURG UNIVERSITY, PAISES BAJOS

**José Luis Valdes**  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, MÉXICO

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](http://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](http://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.

## **EDITORIAL** **uninorte**

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*  
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 61, enero - junio de 2024  
ISSN 2145-9355 (*on line*)

## CONTENIDO/*CONTENT*

iv ..... **Editorial**

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

1 ..... **Naturaleza y fundamento de los derechos fundamentales  
en el orden jurídico colombiano**

*Nature and Basis of Fundamental Rights in the Colombian Legal Order*

John Fernando Restrepo  
Universidad del Valle

18 ..... **La iglesia, el concordato y su papel en la administración colonial:  
un análisis interdisciplinar**

*The church, the concordat, and its role in colonial administration:  
an interdisciplinary analysis*

Neil del Valle Villarreal  
Politécnico Costa Atlántica

31 ..... **The Supreme Court as Guarantor of the Rule of Environmental Law  
in the Government of President Jair Bolsonaro**

*O Supremo Tribunal Federal como garantidor do estado de direito ambiental  
no governo do presidente Jair Bolsonaro*

*La Corte Suprema Federal como garantidor del estado de derecho ambiental  
en el gobierno del presidente Jair Bolsonaro*

Márcio Ricardo Staffen  
Universidade do Vale do Itajaí

48..... **Régimen jurídico de la capacidad de mayores de edad con discapacidad en Colombia**

*Legal regime of the capacity of persons with disabilities of legal age in Colombia*

Fanny Patricia Niño Hernández  
Universidad Francisco de Paula Santander

80..... **Trayectoria normativa y jurisprudencial del derecho cultural en el ordenamiento jurídico colombiano 1966-2017**

*Normative and jurisprudential trajectory of cultural right in the colombian legal order 1966-2017*

Tirson Mauricio Duarte-Molina  
Universidad Icesi

109..... **Fuerza normativa, teoría especular e imperativo constitucional**

*Normative force, specular theory, and constitutional imperative*

João Gaspar Rodrigues  
Ministério Público do Estado do Amazonas

151..... **El Convenio de Trabajo Marítimo 2006 y la gente de mar. A propósito de sus dos lustros en vigor**

*The Maritime Labour Convention 2006 and seafarers. Regarding its ten years in force*  
*O Acordo de Trabalho Marítimo de 2006 e os marítimos. Em relação aos seus dez anos de vigência*

Christian Rodríguez Martínez  
Universidad del Magdalena

171..... **La amistad entre los Estados nación y la teoría del bien público internacional: un acto de equilibrio entre el minilateralismo y el multilateralismo**

*Friendship between Nations and the Theory of International Public Goods:*  
*A Balancing Act between Minilateralism and Multilateralism*

Andrés Téllez Núñez  
Pontificia Universidad Javeriana

200 . . . **Eficacia simbólica de la sanción en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SRPA) frente a Factores de Delincuencia Organizada en Colombia**

*Symbolic effectiveness of the sanction in the Adolescent Criminal Responsibility System (ACRS) against Factors of Organized Crime in Colombia*

Jaime Alberto Sandoval Mesa

Misael Tirado Acero  
Universidad Militar Nueva Granada

218..... **Particularidades del análisis del llamamiento en garantía por parte del tribunal arbitral**

*Particularities of the Analysis of the "Call in Guarantee" by the Arbitral Tribunal*

Luisa Brito Nieto  
Universidad Externado de Colombia



**Revista *de*  
Derecho**

**EDITORIAL**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.61.025.456>

## **Retos de la ciencia abierta: una mirada desde la academia**

*Challenges of open science: a view from academia*

K A R E N 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 investigadora de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales  
de la Universidad del Norte. [cabrerak@uninorte.edu.co](mailto:cabrera@uninorte.edu.co)  
<https://orcid.org/0000-0003-1285-5500>

La ciencia abierta se conoce como el conjunto de premisas y prácticas que se dedican a que los datos y, en general, cualquier elemento protegido por la propiedad intelectual pueda ser de fácil acceso para que puedan contribuir al conocimiento (Cook - Deegan, 2007). En otras palabras, busca ampliar y democratizar el acceso a la investigación científica para que sea más inclusiva, equitativa, abierta y transparente, con el fin de que todas las personas se beneficien de ella y puedan contribuir a su construcción (Unesco, 2020).

Desde lo práctico, la ciencia abierta representa medidas que incluyan la financiación de investigaciones para que sean de libre acceso, herramientas e infraestructuras de “software” abiertos que permitan mejores tecnológicas y, entre otras cosas, publicaciones de libre y gratuito acceso (Gold et al., 2019). Desde lo político - jurídico, teniendo en cuenta que la mayor parte de la ciencia se protege por propiedad intelectual, involucra una serie de medidas políticas y legales que permitan, bajo sistemas gratuitos, colaborativos y transparentes, que se impulse la ciencia para realizar mejores investigaciones y alcanzar e impulsar altos niveles de conocimiento (Uribe-Tirado y Ochoa Gutiérrez, 2018).

Como se observa, la ciencia abierta representa la sinergia de políticas y medidas prácticas que involucran un sinnúmero de actores, no solo públicos, como las entidades gubernamentales, que son las que elaboran las leyes y expiden las políticas públicas correspondientes, sino de privados, como universidades, editoriales, centros de investigación, empresas especializadas y laboratorios científicos, que son los que hacen ciencia y, a su vez, requieren que se permita el acceso a la información y a los datos sin trabas.

Si bien las prácticas, filosofía y finalidad de la ciencia abierta parecen ser claras, existen grandes desafíos para que pueda llegar a fomentarse y fortalecerse, desde lo práctico y político-jurídico, estos sistemas. Desde la academia, tal como lo señala la Unesco (2020), uno de los grandes desafíos se encuentra en que hay una segregación de los actores de la ciencia abierta, por lo que asociaciones privadas, como las universidades o centros de investigación, adoptan políticas particulares de ciencia abierta, pero estas no están conectadas o alienadas con las políticas públicas que, en muchos casos, en países como Colombia, son pocas.

En cuanto al acceso justo y equitativo a la información científica, se ha demostrado que la publicación de acceso abierto es extremadamente útil. Sin embargo, por un lado, la infraestructura tecnológica, la estandarización de protocolos de interoperabilidad y el trámite de las licencias de propiedad intelectual son costosas, lo que dificulta que exista un modelo que sea completamente sostenible y viable en el tiempo, sobre todo en países en desarrollo en donde aún las inversiones en investigación son reducidas y el apoyo gubernamental es casi nulo (Ramírez y Samoilovich, 2021).



Por otro lado, las grandes editoriales han encontrado que la publicación de acceso abierto también es un modelo de negocio bastante rentable cuando se estipulan tasas por procesamiento de artículos o acuerdos de pagos para la lectura y publicación de los mismos. Si bien esta rentabilización de la ciencia puede no ir en contravía con la filosofía de la ciencia abierta, no quiere decir que estos modelos no lleguen a afectar a otros de acceso más equitativos o que no haya una tendencia a que la publicación de los artículos científicos esté solamente supeditada a un pago y no a su rigor científico (Martinovich, 2021).

Adicional a lo anterior, se evidencia otro gran obstáculo en la difusión de estudios científicos en revistas de acceso abierto, y es que, a pesar de la calidad y relevancia que puede tener un contenido, si el autor no tiene acceso a plataformas de indexación globales, es probable que la visibilidad y el impacto de la investigación sean bastante bajos al publicar en revistas con menor prestigio y alcance en la divulgación (Babini, 2019).

Por último, sin que esto implique que no falten por abordar desafíos de la ciencia abierta desde la academia, es pertinente señalar que existen dificultades culturales y estructurales que obstaculizan estos modelos: primero, la falta de conciencia sobre la relevancia de la ciencia abierta para el acceso al conocimiento y la innovación; y segundo, la concepción que se tiene de que la investigación se hace mejor en solitario, cuando ya está demostrado que se obtienen mejores resultados cuando se trabaja en equipo y cuando se comparte sin restricción la información (Tzoc, 2012).

## REFERENCIAS

- Babini, D. (2019). La comunicación científica en América Latina es abierta, colaborativa y no comercial. Desafíos para las revistas. *Palabra clave*, 8(2), 5-6. <https://doi.org/10.24215/18539912e065>.
- Cook-Deegan, R. (2007). The science commons in health research: Structure, function, and value. *The Journal of Technology Transfer*, 32(3), 133-156. <https://doi.org/10.1007/s10961-006-9016-9>.
- Gold, E. R., Ali-Khan, S. E., Allen, L., Ballell, L., Barral-Netto, M., Carr, D., Chalaud, D., Chaplin, S., Clancy, M. S., Clarke, P., Cook-Deegan, R., Dinsmore, A. P., Doerr, M., Federer, L., Hill, S. A., Jacobs, N., Jean, A., Jefferson, O. A., Jones, C., ... Thelwall, M. (2019). An open toolkit for tracking open science partnership implementation and impact. <https://doi.org/10.12688/gatesopenres.12958.1>.
- Martinovich, V. (2021). Ciencia abierta en América Latina: Repensar la interdependencia dinámica entre las ciencias y la sociedad. *Espacios*, 42(24), 1-14. <https://doi.org/10.48082/espacios-a21v42n24p01>.
- Ramírez, P. A. y Samoilovich, D. (2021). Ciencia abierta en América Latina. <https://hdl.handle.net/20.500.12371/18261>.

Tzoc, E. (2012). El Acceso Abierto en América Latina: Situación actual y expectativas. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-09762012000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-09762012000100008&script=sci_arttext).

UNESCO. (2020). Recommendation on Open Science. [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379949\\_spa/PDF/379949spa.pdf.multi](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379949_spa/PDF/379949spa.pdf.multi).

Uribe-Tirado, A. y Ochoa Gutiérrez, J. (2018). Perspectivas de la ciencia abierta: Un estado de la cuestión para una política nacional en Colombia. <https://doi.org/10.1344/BiD2018.40.5>.



**Revista de  
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.61.980.861>

# **Naturaleza y fundamento de los derechos fundamentales en el orden jurídico colombiano**

*Nature and Basis of Fundamental Rights  
in the Colombian Legal Order*

J O H N F E R N A N D O R E S T R E P O

Abogado de la Universidad de Antioquia, politólogo de la Universidad Nacional. magíster en filosofía de la Universidad de Antioquia y Doctor en derecho de la Universidad de Medellín.

Profesor de la Universidad del Valle. [restrepo.john@correounivalle.edu.co](mailto:restrepo.john@correounivalle.edu.co)

<https://orcid.org/0000-0002-4561-3041>

## Resumen

La implementación de la Constitución como norma de normas exigió una modificación sistemática en toda la comprensión, estructura y desarrollo del orden jurídico colombiano. Cimentado en la estricta legalidad y jalonado por la aspiración racional-positivista de ofrecer plena seguridad jurídica. Al adoptar con rigor las disposiciones constitucionales se exigió comprender sus partes dogmática y orgánica de manera armónica; su vocación filosófica en un contexto de transición política que anhelaba la paz y la administración de justicia más allá de las reivindicaciones insurgentes y los ataques del narcotráfico; se exigió aceptar la actuación de una novedosa Corte Constitucional, que se hizo no solo intérprete de la Carta sino hacedora de derechos. Entre los muchos cambios que tuvieron lugar con el desarrollo constitucional, la comprensión de los derechos fundamentales ha sido uno de los escenarios de mayor análisis y de reflexión debido al horizonte social, político, cultural y económico que surge a partir de su existencia y exigibilidad. Este texto ofrece una ruta analítica y fáctica de la naturaleza y del fundamento de los derechos fundamentales a partir de una definición conceptual escindida del iusnaturalismo y del lenguaje de los derechos humanos.

### PALABRAS CLAVE

Sistema constitucional, derechos fundamentales, iusnaturalismo, positivismo.

## Abstract

The implementation of the Constitution as a rule of rules, required a systematic modification in all the understanding, structure, and development of the Colombian legal order, based on strict legality, marked by the rational-positivist aspiration to offer full legal security, expressed in predictability of the application of the law to all factual assumptions. By rigorously adopting the constitutional provisions, it was required to understand its dogmatic part and its organic part in a harmonious way; its philosophical vocation in a context of political transition that yearned for peace, and the administration of justice beyond insurgent demands and drug trafficking attacks; it was demanded to accept the action of a new Constitutional Court that became not only a full interpreter of the Charter, but also a rights-maker. Among the many changes that took place with constitutional development, the understanding of fundamental rights has been one of the scenarios for further analysis and reflection due to the social, political, cultural, and economic horizons that arises from its existence, fulfillment, understanding or creation. This text sets out to offer a factual and analytical route to nature and the foundation of fundamental rights from a conceptual definition that requires a necessary break with the natural law tradition and the language that guides the creation and enforceability of Human Rights.

### KEYWORDS

Constitutional system, fundamental rights, natural law, positivism.

## INTRODUCCIÓN

Hablar de derechos fundamentales significa una *continuación*<sup>1</sup> y una ruptura frente al lenguaje de los *derechos humanos* (Carbonell, 2015). Es una continuación, porque se hace referencia a la evolución de los derechos humanos (Fioravanti, 2016); preceptos básicos de un orden moral superior que posibilitan una vida buena en la esfera privada y colectiva (Soriano, 1999). Los derechos fundamentales recogen condiciones de representación básica sobre los atributos morales y materiales mínimos que requieren los sujetos en pro de una vida digna y autónoma (Ferrajoli, 2014). En el sentido liberal clásico, los derechos humanos son concebidos como libertades negativas que impiden la intromisión estatal (Bobbio, 2000).

El lenguaje de los derechos fundamentales significa una ruptura sustancial con el de los derechos humanos por condiciones de existencia, de alcance y de titularidad (Bernal, 2015). Los derechos fundamentales, a diferencia de lo que ocurre con los derechos humanos, no son universales en sí mismos (Prieto, 2013). Su radio de acción y de exigibilidad está circunscrito a cada orden constitucional en el que se reconocen y resultan exigibles para la autoridad o los particulares (Alexy, 2009).

Todo orden jurídico, en atención expresa al principio de soberanía, tiene la potestad de nominar su catálogo de derechos según el *contexto o la ideología*<sup>2</sup> que quiera plasmar el poder consti-

---

<sup>1</sup>Afirmaba la Corte Constitucional en 2002: “Los derechos fundamentales emanan de la naturaleza humana considerada en sí misma y por ello son propios de todos los hombres en cualquier tiempo y en cualquier lugar y lo que hace la Constitución es reconocer su protección inmediata” (Sentencia C-131 de 2002). Esta posición nos muestra que, para el Alto Tribunal, en 2002, existe una similitud ontológica entre derechos humanos y derechos fundamentales; y que en buena medida es una extensión lógica de la tradición jurídica en la que la lista de derechos que aseguran la mayor esfera de dignidad del ser humano no puede estar condicionada a una expresión positivista que le ate o le cercene su necesidad inmediata de exigirse o reclamarse (Araujo, 2015).

<sup>2</sup>Pese a la cercanía cultural, idiomática y geográfica existen diferencias sustanciales con respecto al grado o alcance que tienen algunos derechos en el orden constitucional latinoamericano. Argentina sostiene el culto católico apostólico romano (Constitución de la Nación Argentina, 1994, Artículo 2); en Uruguay, todos los cultos religiosos son libres y el Estado no sostiene religión alguna (Constitución de la República de Uruguay, 1967, artículo 5); en Colombia, la dignidad es principio, valor y derecho fundamental de mayor jerarquía en el interior del Estado social de derecho (Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002); Cuba descansa sobre la existencia del Partido Comunista la fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado (Constitución de la República de Cuba, 2019, artículo 5); en Ecuador, la Pacha Mama es concebida como sujeto de derechos (Constitución de la República del Ecuador, 1998, artículo 71); en México, se profesa la autodeterminación de los pueblos indígenas (Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, artículo 2); Chile discute actualmente en términos plebiscitarios el alcance, valor y sentido de la transición del acceso al agua y la educación como derechos básicos que salen de la esfera privada comercial.

tuyente (Rodríguez, 2008). Cada orden constitucional puede coincidir en la nominación de los derechos fundamentales pero su reglamentación interna o jerarquía varía entre un régimen y otro (Guastini, 2009).

Este texto se propone mostrar que la existencia de un derecho fundamental solo tiene lugar en la medida en que haya una declaración normativa que explícitamente lo declare como tal. Frente a la ausencia de tal declaración solo es posible advertir una exigencia moral (Ferrajoli, 2006), un servicio público, un derecho prestacional o una movilidad simbólica ciudadana<sup>3</sup>. La existencia al mundo jurídico de los derechos fundamentales no tiene origen en la naturaleza humana, ni en la razón universal sino en el espectro normativo (Alexy, 2001). Los derechos fundamentales no nacen a la vida jurídica de manera natural o porque sean inherentes a la persona sino porque una norma declara su existencia (Restrepo, 2020). Al declararse explícitamente su existencia en el interior del orden jurídico, resulta fácticamente exigible su defensa y garantía. Los derechos fundamentales tienen una vocación contra mayoritaria (Ferrajoli, 2016), son la carta de defensa de las minorías en el interior de un régimen democrático que evita eliminarse a sí mismo (Corte Constitucional, Sentencia C-350 de 1994). Los derechos fundamentales son garantías de acción del poder político, que evitan que la dignidad, la supervivencia o la autodeterminación estén condicionados por un pasaporte electoral o una conveniencia mediática. Son una expresión plena de un orden social garantista e incluyente, que corrige a la democracia de sí misma y sus potenciales excesos (Garzón, 1989).

En el interior del desarrollo judicial y en la implementación del orden constitucional, la reclamación por vía de tutela de un derecho fundamental no funciona en abstracto ni conforme a las máximas morales del derecho natural. La vía novísima de protección inmediata de los derechos fundamentales que trajo la Constitución de 1991, como es la *acción de tutela* (Charry, 1992), exige que se identifique de manera plena cuál es el derecho fundamental que se pretende prohijar a través de una orden proferida por el *juez de tutela* (Botero, 2009), para que una autoridad o un particular interrumpa la acción que lesiona un derecho fundamental o para que dé o haga una prestación requerida para que el derecho fundamental resulte fácticamente protegido frente a una correspondiente amenaza. Del nexo de causalidad que existe entre la acción de tutela y el

---

<sup>3</sup>Para el caso colombiano, ha sido una declaración normativa la que ha permitido la transición de: (i) sociedad de hecho a matrimonio igualitario (Sentencia C-577 de 2011); (ii) derecho prestacional a la salud a la categoría de derecho fundamental autónomo susceptible de protección mediante acción de tutela (Sentencia T-926 de 1999); (iii) el servicio público de acueducto y alcantarillado al derecho al agua potable como derecho fundamental (Sentencia T-055 de 2011) y, (iv) un tipo penal al derecho fundamental a morir dignamente (Sentencia T-048 de 2023) o que la mujer gestante disponga libremente de un término de hasta 24 semanas para pedir la interrupción del embarazo (Sentencia C-055 de 2022).

derecho fundamental (Tobo, 2004) se deriva la necesidad de explicitar los elementos estructurales que definen la naturaleza y el fundamento de un derecho fundamental.

La metodología del trabajo es hermenéutica y analítica. Se soporta en el uso de referencias normativas, preferentemente jurisprudenciales, sobre las cuales se busca explicar con detalle de qué manera de la definición propuesta de un derecho fundamental y de sus elementos estructurales se puede identificar su naturaleza y fundamento en el interior de nuestro orden constitucional.

## ¿A QUÉ LLAMAMOS DERECHO FUNDAMENTAL EN EL INTERIOR DEL ORDEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO?

A una declaración normativa, descrita explícitamente como derecho fundamental, a través de la cual un sujeto resulta legitimado para reclamar atributos materiales expresados en la conducta de dar, hacer o no hacer, a través de los cuales resulta posible asegurar una esfera mínima y suficiente de dignidad y/o de supervivencia y/o de autodeterminación. Es una definición que estructura la existencia de un derecho fundamental a partir de cuatro condiciones:

**Tabla 1**

<b>Condición 1</b>	Declaración normativa
<b>Condición 2</b>	En favor de un Sujeto
<b>Condición 3</b>	Legitimado para reclamar atributos materiales expresados en dar, hacer o no hacer
<b>Condición 4</b>	Que le aseguren una esfera suficiente de dignidad y/o de supervivencia y/o de autodeterminación.

Fuente: elaboración propia.

### Condición 1. Declaración normativa

Un derecho fundamental no es preexistente al orden jurídico, como sucede en el interior de una cosmovisión iusnaturalista de los derechos humanos (Sartori, 2005); existen con anterioridad al orden estatal y su deber de cuidado es superior al deber de obediencia al soberano (Sófocles, 2014). Los derechos humanos son dados por el orden natural y su existencia opera con plena independencia del orden positivo (Fioravanti, 2007). La existencia y consecuente exigibilidad

de los derechos fundamentales está condicionada a que una norma así lo declare, y solo a partir de tal declaración resulta posible que el titular del derecho fundamental reclame la respectiva limitación o garantía. Esta declaración puede tener lugar en una norma constitucional, jurisprudencial, legal o administrativa.

En términos constitucionales, tenemos que la Constitución Política de Colombia consagra un capítulo especial para enunciar una primera lista de derechos fundamentales. Esta lista comprende los artículos 11 a 41 superiores. Son derechos sobre los que no opera ninguna discusión con respecto a la categoría de *derecho fundamental* (Pérez, 1997). El mismo texto superior establece cuáles son o no de aplicación inmediata. Los derechos fundamentales son derechos de mayor jerarquía no solo moral o política sino jurídica (Vila, 2009). Su esfera de protección, defensa, promoción y realización define el marco de legitimidad del *régimen político* (Marti, 2006) y condiciona la actuación de todos los asociados, en tanto se conciben como la máxima expresión del poder soberano constituyente, que ha explicitado su voluntad sobre la clasificación o categoría de unos derechos sobre otros (Naranjo, 2006).

Cada régimen constitucional y político decide qué tan amplia o restrictiva es su lista de derechos fundamentales. Cuando se afirma que los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano por su sola condición de ser humano se incurre en una falacia argumentativa, por cuanto en la lista de derechos fundamentales del orden lexicográfico, derechos esenciales para la supervivencia y la dignidad de los sujetos como la salud (artículo 49 superior); la vivienda (artículo 51 Superior); la producción de alimentos (artículo 65 superior) y la educación (artículo 67 superior) no fueron declarados como derechos fundamentales, sino como derechos económicos, sociales y culturales sobre los cuales operan condiciones prestacionales mínimas necesarias para asegurar la eficiente prestación del servicio (Gañán, 2011). Son derechos supeditados a condiciones contractuales, sobre los cuales, el medio constitucional de protección no es la acción de tutela sino la acción popular (Cano; Toro, 2017). Son derechos humanos, pero en un primer momento del orden constitucional no podrán ser declarados, ni concebidos, ni exigidos como derechos fundamentales (Younes, 2022). Será necesario que una declaración normativa posterior a la voluntad del constituyente primario haga el respectivo ajuste normativo.

Tal declaración normativa tiene un origen múltiple. Los derechos fundamentales no son expresión exclusiva y excluyente del poder constituyente que plasma su voluntad en la Constitución. Una ley o un acto administrativo tienen la competencia funcional y material para declarar un derecho como derecho fundamental. El poder judicial, en cabeza de la Corte Constitucional, ha jugado un papel decisivo en el proceso de confección de los derechos fundamentales que operan en el orden jurídico interno a través de tres escenarios:



*Escenario 1.* Ha ampliado el espectro de los derechos fundamentales por vía convencional a través del uso e implementación del bloque de constitucionalidad (artículos 93 y 94 superiores). Con esta noción de *bloque de constitucionalidad* (Carpio, 2004), se acepta que la lista de derechos fundamentales tiene un marco de interpretación o de comprensión mucho más amplio que el catálogo interno, por cuanto se establece que las normas internacionales que se refieran a atributos que aseguren dignidad, supervivencia o autodeterminación deben adoptarse de manera preferente en el orden interno. De allí que, en el ejercicio pleno del desarrollo constitucional que explícitamente lo exige, se ha incorporado a nuestro orden jurídico un conjunto de principios de interpretación normativa, tales como el principio de favorabilidad (Corte Constitucional, Sentencia T-085 de 2012); el principio de progresividad (Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2016); el principio pro fémina (Corte Constitucional, Sentencia SU-080 de 2020) y derechos fundamentales autónomos como el derecho al agua potable (Corte Constitucional, Sentencia T-179 de 2013) o el derecho fundamental a que sea intentado (Corte Constitucional, Sentencia T-057 de 2015).

*Escenario 2.* Ha modificado el orden lexicográfico de la lista de derechos fundamentales en una dirección garantista y coherente con el *Estado social de derecho* (Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992). Esto significa que en decisiones de tutela tanto por vía de conexidad con derechos fundamentales o frente a derechos que considera de un valor jurídico superior a lo prestacional, se han trasladado algunos derechos, concebidos en un primer momento como derechos sociales, económicos y culturales a la categoría de derechos fundamentales. Así ha ocurrido con la salud (Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008), la educación (Corte Constitucional, Sentencia T-779 de 2011) o la seguridad social (Corte Constitucional, Sentencia T-164 de 2013).

*Escenario 3.* Ha incorporado nuevos derechos fundamentales al orden jurídico. La Corte Constitucional, máximo intérprete de la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011), goza de la facultad para señalar que existen unas condiciones fácticas que tipifican la esencia de un derecho fundamental como condición necesaria para que otros derechos fundamentales tengan lugar. En esta dirección argumentativa podemos explicar la manera en que la Corte Constitucional ha declarado que son derechos fundamentales: (i) la administración de justicia (Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2011); la supremacía de la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 2012); el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia SU-198 de 2013); el derecho a incoar una acción de tutela contra providencia judicial (Corte Constitucional, Sentencia SU-057 de 2018); el derecho fundamental al aborto (Corte Constitucional, Sentencia C-055 de 2022) y el derecho fundamental a morir dignamente (Corte Constitucional, Sentencia T-048 de 2023).

## Condición 2. Declaración normativa en favor de un sujeto

Dado que suele confundirse a los derechos humanos con los derechos fundamentales, es común creer que la titularidad de los derechos fundamentales recae exclusivamente en los seres humanos y que estos existen por su sola condición humana, pero no es así. Si bien derechos humanos y derechos fundamentales tienen un altísimo grado de conexidad, dado que todos los derechos humanos alcanzan a declararse como derechos fundamentales, no todos los derechos fundamentales son derechos humanos. El único titular, legítimo y posible, de los derechos humanos solo puede ser alguien de la especie humana (Pogge, 2002). El único titular, legítimo y posible, de los derechos políticos es alguien de la especie humana que requiere habilitarse para ejercer la ciudadanía (Sánchez, 2006). El único titular, legítimo y posible, de los derechos civiles está condicionado al parentesco o la nacionalidad que defina determinado régimen estatal (Valencia, 2002).

Los derechos fundamentales, por el contrario, van mucho más allá de la condición de persona, de nacional y de ciudadano. Se incorporan dentro de la esfera de protección de los seres vivos. El ser humano cobra un papel protagónico, pero no exclusivo y menos excluyente. Se incorpora un deber no solo moral sino jurídico y fáctico de no maltratar a los animales, de atender al cuidado y conservación del agua, del aire y del ecosistema. La naturaleza antropocéntrica de los derechos humanos ha sido corregida mediante el lenguaje de los derechos fundamentales para abrir un espectro de protección más amplio en favor de todas las personas y de los demás seres vivos (Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2015).

Así lo estableció la Corte Constitucional al declarar al  *río Atrato y su afluente*  la titularidad de los derechos fundamentales a la protección y a la conservación (Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016); de igual manera ocurrió en la Corte Suprema de Justicia al reconocer que los animales son sujetos de derechos fundamentales, presupuesto teórico básico para admitir y resolver favorablemente una acción de  *hábeas corpus*  en favor de un oso con anteojos (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AHC 4806-2017), o reconocer al río Amazonas y sus afluentes como sujetos de derechos (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC 4360-2018).

## Condición 3. Facultad para reclamar atributos materiales de dar, hacer o no hacer

Los atributos que edifican cada derecho fundamental determinan la obligación de dar, de hacer o de no hacer; que se exige de los particulares o de las autoridades para que el derecho fundamental sea protegido o se ponga fin a su amenaza. Estos atributos definen la naturaleza del derecho fundamental porque son actuaciones tan específicas y concretas que ayudan a identificar

los linderos jurídicos, fácticos y prestacionales que existen entre un derecho fundamental y otro. Estos atributos soportan el peso medular de la acción de tutela porque esta se resuelve en los términos de la procedencia o no de lo reclamado en la acción.

Los derechos fundamentales confieren atributos multidimensionales. En alguna ocasión exigen de los demás la no intervención como condición esencial para que el derecho fundamental resulte efectivamente protegido. Se exige no intervenir en aquellas decisiones que adopte un sujeto en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Se exige no intervenir con respecto a la forma en que se viste (Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2017), sus preferencias sexuales (Corte Constitucional, Sentencia T-077 de 2016), políticas (Corte Constitucional, Sentencia T-239 de 2018) o culturales (Corte Constitucional, Sentencia T-1105 de 2008). Se exige no intervenir con respecto a las expresiones religiosas de los sujetos en el interior de un orden laico o frente a las decisiones que adopte un sujeto con respecto al consumo de estupefacientes y sustancias alucinógenas. Exigencia de no intervención de actores que puedan limitar la libertad de oficio que cada quien decide adoptar para sí. No intervención frente a las actuaciones de libre consumo en las operaciones transaccionales o crediticias. De igual manera, existen unos derechos fundamentales cuya naturaleza está dada por las exigencias de dar o de hacer. Son atributos esenciales para que el derecho fundamental resulte efectivamente protegido y diferenciado entre uno y otro. Estos atributos se expresan de múltiples maneras: que se ordene la realización de una determinada intervención quirúrgica (Corte Constitucional, Sentencia T-397 de 2017), la entrega de un medicamento no reconocido en el Plan Obligatorio de Salud (Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2018); la respuesta de un derecho petición (Corte Constitucional, Sentencia T-077 de 2018); la determinación definitiva de la situación militar (Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 2017); la reconexión de un servicio público (Corte Constitucional, Sentencia T-188 de 2018); el reintegro al cargo por estabilidad laboral reforzada en caso de trabajadora embarazada (Corte Constitucional, Sentencia T-286 de 2003); reintegro laboral a trabajador con fuero sindical (Corte Constitucional, Sentencia T-029 de 2004); concesión del permiso para recibir visitas íntimas en un centro penitenciario (Corte Constitucional, Sentencia T-686 de 2016); traslado aéreo de un paciente que requiere una intervención quirúrgica de alta complejidad (Corte Constitucional, Sentencia T-962 de 2005). A continuación, presentamos una lista de los atributos constitucionales que presentan algunos derechos fundamentales:

**Tabla 2**

<b>Derecho fundamental</b>	<b>Atributos materiales</b>
Dignidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Exigir la autonomía suficiente para diseñar un plan de vida según características propias (<i>Vivir como quiera</i>).</li> <li>• Gozar de condiciones materiales concretas que faciliten la existencia (<i>Vivir bien</i>).</li> <li>• Disponer de una esfera suficiente de integridad física y moral (<i>Vivir sin humillaciones</i>).</li> </ul>
Vida	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Impedimento para que se instale la pena de muerte.</li> <li>• Atención del servicio de urgencias a población migrante en condición irregular.</li> <li>• Realización de práctica médica en condición experimental como última oportunidad de conservar la vida.</li> </ul>
Intimidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Inviolabilidad del domicilio sin autorización judicial previa.</li> <li>• Inviolabilidad de correspondencia sin autorización judicial previa.</li> <li>• Inviolabilidad de las telecomunicaciones sin autorización judicial previa.</li> </ul>
Debido proceso	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Asegurar que el juez de instancia esté revestido de competencia.</li> <li>• Recibir una interpretación favorable de las normas.</li> <li>• Que se presuma la inocencia.</li> <li>• Gozar de una defensa técnica.</li> <li>• Controvertir pruebas.</li> <li>• Impugnar la sentencia condenatoria.</li> <li>• Anular todo indicio obtenido con violación del debido proceso.</li> </ul>
Educación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tener maestros idóneos personal e intelectualmente.</li> <li>• Tener un espacio idóneo donde recibir clase.</li> <li>• Acceder a información veraz por parte de la comunidad educativa.</li> <li>• Adquirir o cualificar las destrezas que posibiliten el ejercicio de un arte, un oficio o un saber científico.</li> </ul>
Libre expresión	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Difundir libremente las ideas, pensamientos y opiniones.</li> <li>• Decidir el medio en que quiera difundirlas.</li> <li>• Que la difusión de las ideas, pensamientos y opiniones no ponga en riesgo la integridad física o mental.</li> <li>• Informar y recibir información.</li> <li>• Fundar medios masivos de comunicación.</li> </ul>

Continúa...

Derecho fundamental	Atributos materiales
Libertad de culto	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Libertad para profesar un determinado credo.</li> <li>• Profesar libremente sus creencias.</li> <li>• Vivir conforme dichas creencias.</li> <li>• Poder para exteriorizarlas sin que se ponga en riesgo su integridad física o mental.</li> </ul>
Agua potable	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Que el suministro sea continuo y suficiente.</li> <li>• Que se asegure un suministro libre de discriminación.</li> <li>• Que el líquido sea salubre; libre de microorganismos o sustancias químicas que constituyan un perjuicio a la salud.</li> </ul>
Trabajo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contraprestación suficiente y oportuna.</li> <li>• Trato digno en medio de relaciones de subordinación.</li> <li>• Condiciones materiales suficientes y óptimas para la realización de las actividades encomendadas.</li> <li>• Respeto al horario de trabajo.</li> <li>• Carga racional de funciones.</li> </ul>
Salud	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Atención calificada.</li> <li>• Suministro oportuno de medicamentos.</li> <li>• Atención a la esfera física, mental y emocional.</li> <li>• Prolongación racional del tratamiento.</li> </ul>

Fuente: elaboración propia.

#### **Condición 4. Salvaguarda de una esfera mínima de dignidad y/o supervivencia y/o autodeterminación**

Aquí se instala el fundamento de un derecho fundamental. La dignidad, la supervivencia y la autodeterminación son el soporte fáctico y jurídico que justifica otorgar el peso superior a un derecho para adquirir la categoría de fundamental. El rango de mayor jerarquía del que gozan los derechos fundamentales radica en las posibilidades fácticas que se habilitan mediante la defensa irrestricta y cada vez menos limitada de la que disponen los sujetos a través de la titularidad de tales derechos mediante la cual pueden reclamar unos atributos que aseguren una condición básica de existencia (supervivencia); proveerse de condiciones materiales e inmateriales para que la condición de existencia trascienda de lo estrictamente biológico, y pueda desarrollar una esfera razonable de libertad y de autonomía (dignidad), y define la facultad que tiene el sujeto de ejercer un gobierno sobre sí mismo según su saber y entender (autodeterminación).

La dignidad, la supervivencia y la autodeterminación no son principios excluyentes; y no todos los derechos fundamentales están soportados sobre estos tres principios de manera simultánea. Se complementan argumentativamente como soporte de pretensión para acceder a una determinada prestación material. Cada uno de ellos ha sido una condición suficiente y necesaria, en sí misma, para declarar un derecho como derecho fundamental o para demostrar que, con base en la salvaguarda de alguno de estos principios, un derecho no fundamental por condiciones normativas merece ser declarado como fundamental. A continuación, mostraremos cómo aparecen los principios de dignidad y/o supervivencia y/o autodeterminación, en la estructura de un derecho fundamental:

**Tabla 3**

Derecho fundamental	Dignidad	Supervivencia	Autodeterminación
A que sea intentado		X	
Buen nombre	X		X
Constituir sindicatos	X	X	X
Debido proceso	X		X
Derecho de asilo		X	
Elegir y ser elegido	X		X
Honra	X		X
Igualdad ante la ley	X		X
Intimidad personal	X	X	X
IVE	X		X
Libertad de cátedra	X		X
Libertad de conciencia	X		X
Libertad de culto	X		X
Libertad de expresión	X		X

Continúa...

Derecho fundamental	Dignidad	Supervivencia	Autodeterminación
Libertad de oficio	X	X	X
Libertad individual	X		X
Libre asociación	X		X
Libre circulación		X	X
Libre desarrollo de la personalidad	X	X	X
Manifestación	X		X
Morir dignamente	X		X
Objeción de conciencia			X
Presentar peticiones			X
Prohibición de ser desterrado	X		X
Salud	X	X	X
Trabajo	X	X	X
Vida	X	X	X

Fuente: elaboración propia.

## CONCLUSIONES

Revestir a un derecho de la categoría de fundamental es conferirle un espectro de protección y de relevancia mayor. Es declarar la existencia de un atributo que opera como límite o garantía a través del cual el establecimiento y los particulares entienden que opera un deber de dar, hacer o de no hacer. Límite o garantía que tiene ocasión según provenga de una autoridad competente para que el derecho fundamental exista y se haga exigible. Aquí radica una diferencia sustancial entre derechos humanos y derechos fundamentales. Los derechos humanos son dados y existen con independencia del orden positivo. Por el contrario, los derechos fundamentales solo nacen a la vida jurídica como consecuencia de una declaración normativa.

Esta autoridad es la expresión más genuina de la voluntad popular. El escenario por excelencia de nominación, protección y realización de los derechos fundamentales es la democracia. Es el pueblo quien, por sí mismo o sus representantes, define la existencia y el alcance de los derechos fundamentales. El pueblo se expresa de manera directa cuando está recogido en la Asamblea Nacional Constituyente, máxima expresión del poder constituyente primario. Allí se tiene que los derechos fundamentales se plasman explícitamente en la Constitución. Les ofrece una carga semántica, simbólica, política y jurídica que los diferencia sustancialmente de los derechos humanos, civiles o políticos, y exige que su extinción no tenga lugar durante los estados de excepción. La carga funcionalmente de diferentes medidas de protección, les ancla un medio especial de reforma o reglamentación legal y los posiciona como criterio básico de legitimidad del orden político a través del cual las mayorías actúan de manera limitada frente a las reivindicaciones sustanciales que profesen las minorías.

La naturaleza y el fundamento de los derechos fundamentales en el interior del orden jurídico colombiano exige comprender la dinamización de varias instituciones y categorías decisivas para el derecho constitucional. El lenguaje de los derechos fundamentales ofrece un diálogo entre la supremacía de la Constitución en tanto norma jurídica primera, el activismo judicial en cabeza de la Corte Constitucional y el radio extensivo del bloque de constitucionalidad o de la acción de tutela como medios plenamente idóneos de creación, interpretación, aplicación o protección efectiva de los derechos fundamentales.

Todos los derechos humanos, propios de la tradición liberal individualista, han sido declarados como derechos fundamentales. Pero no todos los derechos fundamentales son necesariamente derechos humanos, por cuanto el radio de acción y de comprensión de los derechos fundamentales se ha ampliado de manera sustancial, hasta cobijar otros seres vivos insertos en la naturaleza, ajenos a la condición humana. Esto significa que el término recurrente de *dignidad humana* como presupuesto fundante del Estado resulta ya estrecho, limitado y no se corresponde con la esfera de protección a la dignidad que se exige en favor de los seres vivos o sintientes.

Esta investigación arroja un resultado a través del cual se rompe la cosmovisión personalista del derecho para dar cabida a una óptica más amplia e incluyente en favor de todos los seres que integran y se nutren del ecosistema, no ya por el servicio que presten al ser humano sino por su cuidado y conservación en sí mismos. La reclamación que hacen estos sujetos define la naturaleza de los derechos fundamentales. Son atributos expresados en términos de dar, hacer o no hacer. Fijan límites o condicionan el deber de ejecutar prestaciones para que la dignidad, la supervivencia o la autodeterminación tenga lugar de manera razonable en un escenario constitucional que aboga por condiciones plurales, incluyentes y posibilitadoras de herramientas materiales para que la realización de cada sujeto tenga lugar de manera suficiente, eficiente y eficaz.



## REFERENCIAS

- Alexy, R. (2009). Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta.
- Alexy, R. (2001). *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Araujo, J. (2015). Filosofía o teoría del derecho constitucional. Ibáñez.
- Asamblea nacional constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional nº. 116.
- Bernal, C. (2015). Derechos fundamentales. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol 2. (p. 1575).
- Bobbio, N. (2000). *Igualdad y libertad* (p. 97). Paidós.
- Botero, C. (2009). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”
- Cano, A. Toro, L. (2017). *Justicia constitucional y control de constitucionalidad*. Díké.
- Carbonell, M. (2015). *Introducción al derecho constitucional*. Tirant lo Blanch
- Carpio, E. (2004). El bloque de constitucionalidad. *Revista de Derecho*, 5 (5), 145-183.
- Charry, J. (1992). *La acción de tutela*. Temis.
- Constitución de la Nación Argentina. (1994). Convención Nacional Constituyente, 22 de agosto de 1994.
- Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). Diario oficial de la Federación. 5 de febrero de 1917.
- Constitución de la República de Cuba. (2019). Gaceta oficial No 5, Extraordinaria del 10 de abril de 2019.
- Constitución del República de Uruguay. (1967). Gaceta oficial del 2 de febrero de 1967
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Decreto legislativo 0. Registro oficial 449 de octubre 20 de 2008.
- Corte Constitucional. (2023). Sentencia T-048. Magistrada Ponente Diana Fajardo.
- Corte Constitucional. (2022). Sentencia C-055. Magistrados Ponentes Antonio Lizarazo y Alberto Rojas.
- Corte Constitucional. (2020). Sentencia SU-080. Magistrado Ponente José Fernando Reyes.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-239. Magistrado Ponente Gloria Ortiz.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-188. Magistrado Ponente Cristina Pardo.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-077. Magistrado Ponente Antonio Lizarazo.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia SU-057. Magistrado Ponente Alberto Rojas.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-001. Magistrado Ponente Cristina Pardo.
- Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-595. Magistrado Ponente Carlos Bernal.

Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-533 Magistrado Ponente Diana Fajardo.  
Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-397. Magistrado Ponente Diana Fajardo.  
Corte Constitucional. (2017). Sentencia C-209. Magistrado Ponente: Jorge Palacio.  
Corte Constitucional (2016). Sentencia T-686. Magistrado Ponente María Calle.  
Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-622. Magistrado Ponente Jorge Palacio.  
Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-077. Magistrado Ponente Jorge Palacio.  
Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-080. Magistrado Ponente Jorge Palacio.  
Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-057. Magistrado Ponente Martha Sáchica.  
Corte Constitucional. (2013). Sentencia SU-198. Magistrado Ponente Luis Vargas.  
Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-179. Magistrado Ponente Gabriel Mendoza.  
Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-164. Magistrado Ponente Jorge Pretelt.  
Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-415. Magistrado Ponente Mauricio González.  
Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-085. Magistrado Ponente Humberto Sierra.  
Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-799. Magistrado Ponente Humberto Sierra.  
Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-779. Magistrado Ponente Jorge Pretelt.  
Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-577. Magistrado Ponente Gabriel Mendoza.  
Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-539. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas.  
Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-055. Magistrado Ponente Jorge Palacio.  
Corte Constitucional. (2008). Sentencia T-1105. Magistrado Ponente Humberto Sierra.  
Corte Constitucional. (2008). Sentencia T-760. Magistrado Ponente Manuel Cepeda.  
Corte Constitucional. (2005). Sentencia T-962. Magistrado Ponente Marco Monroy.  
Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-029. Magistrado Ponente Álvaro Tafur.  
Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-286. Magistrado Ponente Jaime Araújo.  
Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-131. Magistrado Ponente Jaime Córdoba.  
Corte Constitucional.  
Corte Constitucional. (1999). Sentencia T-926. Magistrado Ponente Carlos Gaviria.  
Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-350. Magistrado Ponente Alejandro Martínez.  
Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-406. Magistrado Ponente Ciro Angarita.  
Corte Suprema de Justicia. (2018). Exp. STC 4360. Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa.

- Corte Suprema de Justicia. (2017). Exp. AHC 4806. Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa.
- Ferrajoli, L. (2016). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, 15, 113-136.
- Fioravanti, M. (2016). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Trotta.
- Fioravanti, M. (2007). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trotta.
- Gañán, J. (2011). La naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. *Estudios de derecho*. Vol. 58, No 151, junio 2011.187-212.
- Garzón, E. (1989). Algo más acerca del “Coto vedado”. *Doxa*, 6. 209-213.
- Guastini, R. (2009). Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales” de Luigi Ferrajoli. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Martí, L. (2006). Los derechos fundamentales y la representación política. *Anuario de la facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), 24, 235-249.
- Naranjo, V. (2006). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Temis.
- Pérez, J. (1997). *Derecho constitucional colombiano*. Temis.
- Pogge, T. (2002). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Paidós.
- Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Trotta.
- Restrepo, J. (2020). *Estructura constitucional del estado colombiano*. Ibáñez.
- Rodríguez, J. (2008). Poder constituyente, democracia y constitución. *Nueva revista de política, cultura y arte*, 115, 78-92.
- Sánchez, C. (2006). *Derecho e instituciones electorales en Colombia*. Diké.
- Sartori, G. (2005). *Elementos de teoría política*. Alianza.
- Sófocles (2014). *Antígona*. Gredos.
- Soriano, R. (1999). Derechos lingüísticos y derechos fundamentales. *Persona y derecho*, 41, 197-210.
- Tobo, J. (2004). *La corte constitucional y el control de constitucionalidad*. Ibáñez.
- Valencia, H. (2002). *Derecho privado romano*. Señal editora.
- Vila Casado, I. (2009). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Legis.
- Younes, D. (2022). *Derecho constitucional colombiano*. Legis.



**Revista de  
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**  
*RESEARCH ARTICLE*

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.61.101.202>

**La iglesia, el concordato y su papel  
en la administración colonial:  
un análisis interdisciplinar**

*The church, the concordat, and its role in colonial  
administration: an interdisciplinary analysis*

NEIL DEL VALLE VILLARREAL

Internacionalista y magíster en Historia de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. Docente  
Investigador Politécnico Costa Atlántica. [neil.delvallev@pca.edu.co](mailto:neil.delvallev@pca.edu.co)  
<https://orcid.org/0000-0001-5699-1112>



## Resumen

El siguiente artículo tiene como objetivo llevar a cabo un análisis reflexivo e interdisciplinar sobre el papel de la Iglesia en la administración colonial a partir de cinco trabajos publicados en los últimos catorce años. En cada uno de ellos se intenta identificar aspectos clave relacionados directamente con el accionar del clero en la vida política, económica, social y cultural del Nuevo Reino de Granada. Dentro de dichos elementos se encuentran: la visión jurídico institucional, prácticas religiosas y las relaciones de poder. En aras de lograr lo anteriormente señalado, se llevará a cabo una revisión sistemática de bibliografía sobre esta cuestión, subrayando los aportes de cada autor y la viabilidad de posibles nuevos horizontes de investigación.

### PALABRAS CLAVE

Iglesia, Colonia, Patronato, Miedo, Cristianización, Nuevo Mundo, Nueva Granada, Arte, Política, Derecho Canónico, Personería Jurídica.

## Abstract

The following article aims to carry out a reflective and interdisciplinary analysis of the role of the church in the colonial administration based on five works published in the last fourteen years. Each one of them will attempt to identify key aspects directly related to the actions of the clergy in the political, economic, social, and cultural life of the New Kingdom of Granada. Among these elements are the juridical-institutional vision, religious practices, and power relations. In order to achieve the aforementioned, a systematic review of the bibliography on this issue will be carried out, highlighting the contributions of each author and the feasibility of possible new research horizons.

### KEYWORDS

Church, Colony, Patronage, Fear, Christianization, New World, New Granada, Art, Politics, Canon Law, Juridical Personality.

## INTRODUCCIÓN

El papel de la Iglesia en la administración colonial ha sido abordado por la historiografía colombiana desde múltiples enfoques. Es así como podemos encontrar estudios que van desde lo cultural hasta lo político e ideológico que buscan dar cuenta de la preponderancia de esta institución en la formación de las dinámicas políticas, económicas, sociales y jurídicas de la América hispánica. En este artículo se busca ilustrar dicha realidad a través del valioso trabajo de cinco autores, quienes, desde su formación como investigadores y académicos, han logrado describir las múltiples facetas de la Iglesia, con un especial énfasis en su poder político e ideológico. Dichos trabajos se abordan en orden cronológico para esbozar el cambio en las tendencias relacionadas con la temática anteriormente enunciada.

Así pues, Acevedo (2007) llevó a cabo un estudio referente al papel de la Iglesia en la conformación política de la Nueva Granada. En dicho trabajo se logra establecer a la Iglesia como heredera del poder político colonial a partir de sus diversas funciones y facetas que van desde lo político y lo económico, con un énfasis en el ámbito educativo y religioso. Estos dos últimos son considerados como los más relevantes y centrales para dicha institución, puesto que son el sustento de su presencia terrenal y de su misión evangelizadora en el Nuevo Mundo.

El autor destaca que a pesar de que la función inicial y fundacional de la Iglesia era netamente filantrópica y misionera, la coyuntura política y económica de la época provocó que el clero se ocupara de aspectos que van mucho más allá de lo espiritual. Lo anterior se sustenta en el establecimiento del *patronato*<sup>1</sup>, en el cual la Iglesia dotó de amplias facultades a la corona española a través de un acuerdo con el que se le concede al rey el nombramiento de las autoridades eclesiales. Gracias a lo anteriormente descrito podemos establecer que esta figura (patronato) poseía una doble dimensión: política, puesto que el religioso era nombrado directamente por el monarca de turno mas no por Roma, esto lo convertía en un servidor del rey, lo cual desdibujaba la misión de propagar el mensaje cristiano. Finalmente, poseía una dimensión de carácter económico porque el dinero recibido por concepto de los diezmos era dirigido hacia el rey a manera de retribución por el apoyo monárquico en la edificación de templos, parroquias, abadías y capillas.

---

<sup>1</sup> Organizaciones benéficas, muchas de ellas regentadas por órdenes religiosas. La historia reciente del país nos da cuenta de la importancia de los patronatos religiosos en el apoyo a la sociedad civil en diversas problemáticas como epidemias de gastroenteritis en ciudades del Caribe colombiano como Barranquilla. De hecho, personas ligadas al cuerpo diplomático y notables como el cónsul del Líbano, Nicolás Saade Haraoui, eran sus mayores contribuyentes. Véase Vargas, P. y Suaza, L. (2007). *Los árabes en Colombia: del rechazo a la integración*.

Gracias a lo descrito, Acevedo concluye que en dicho periodo histórico el poder de la Iglesia era el mismo poder del Estado representado en la figura del monarca. Esa realidad resulta conveniente para la monarquía hispánica, puesto que el Estado sustenta su dominio sobre la sociedad civil apoyado en motivos espirituales y divinos. Esto da lugar a la aparición de una Iglesia poderosa, lo cual:

Va generando en el clero una conciencia, no de sumisión y de servicio, sino de autoridad y capacidad para imponer sus criterios sociales, políticos y religiosos, además, cuenta con la ayuda de un instrumento valioso, la educación, que le brindó la solidez necesaria para formar a la aristocracia criolla y al pueblo, educar a los blancos al igual que a los indios. (Acevedo, 2007, p. 5)

En este contexto la Nueva Granada se convierte en testigo de grandes cambios sociales, culturales y religiosos provenientes de las ideas liberales emanadas de la Revolución Francesa. Este movimiento buscó la instauración de sociedades de carácter capitalista donde el poder residiera en el pueblo, dichas ideas fueron introducidas de manera clandestina a fines del virreinato con un optimismo de carácter secularista y basado en el progreso intelectual y el predominio de la razón.

Sin embargo, las ideas liberales empezaron a convertirse en una utopía por la férrea oposición de la Iglesia, que abogaba por “una concepción estática del mundo y de la sociedad” (Acevedo, 2007, p. 8). Es así como los llamados “católicos liberales” fueron perseguidos por el clero y amedrentados a partir de la creación de sociedades secretas como *La Sapinere* que condenaba el accionar de los llamados modernistas, puesto que sus ideas atentaban contra lo establecido por la ortodoxia cristiana.

Otras medidas tomadas por la Iglesia estuvieron basadas en lo expuesto en las encíclicas como la de Pío IX, quien consideraba que las doctrinas liberales demandan que “la sociedad humana sea constituida y gobernada sin que tenga más en cuenta la religión” y considera a la doctrina liberal como un atentado en contra de la justicia divina.

La Revolución Francesa se convertía en la esperanza de la Nueva Granada, ya que significaba la supresión del orden feudal a nombre de las ideas burguesas de libertad, igualdad y fraternidad. Todo este imaginario fue defendido por Simón Bolívar en el Congreso de Angostura y en la constitución boliviana de 1826, que abogaba por la existencia de la Iglesia en la vida republicana, siempre y cuando no interviniera en los asuntos del Estado ya que la primera hacía parte de la conciencia moral y sobrenatural, y la segunda del mundo natural y secularista.

Finalmente, y gracias al panorama político reinante, la Iglesia decide llevar a cabo una cruzada con gran ímpetu evangelizador, en la cual llegó a establecerse un número considerable de mi-

sioneros que se situaban en tierras americanas con el fin de propagar el mensaje cristiano y la búsqueda de justicia frente a los abusos de algunos conquistadores. La posición de la Iglesia en el orden republicano cambia en gran parte del siglo XIX, caracterizado por una lucha de poderes enfrentados que se agudizaba dependiendo del Gobierno de turno hasta el concordato<sup>2</sup> de 1887 suscrito entre Rafael Núñez y León XIII, que volvió a otorgarle prebendas al clero hasta la Constitución Política de 1991.

En contraste, Fernán González, historiador y teólogo colombiano, es uno de los investigadores que más tiempo ha dedicado al estudio de las relaciones Iglesia-Estado. Obras como *Poderes enfrentados: Iglesia y Estado en Colombia* dan cuenta de ello. Asimismo, González (2010) ejecutó un análisis del papel de la Iglesia en el contexto colonial, todo ello desde una óptica diferente con respecto al autor citado en la primera parte de este texto, puesto que analiza las relaciones de poder desde la perspectiva de la vida y obra de los misioneros y funcionarios religiosos que provenían de diferentes órdenes clericales (jesuitas, agustinianos, franciscanos).

Resulta oportuno y relevante el análisis de las temporalidades desde el cual parte el autor, dado que permite evitar a toda costa el riesgo latente de caer en anacronismos. Lo anterior tiene sustento en la dificultad de entablar un diálogo entre la temporalidad del periodo estudiado (siglo XVI) y el siglo XX en lo concerniente a la visión de los actores acerca de la misión evangelizadora de las órdenes religiosas. Mientras que el hombre misionero del siglo XVI consideraba a la evangelización como un deber impuesto por la autoridad divina acompañado de motivaciones económicas y políticas, el hombre moderno suele ver dichos actos como etnocéntricos y de carácter oculto y represivo.

Siendo coherentes con lo planteado, “la actitud actual frente a la mentalidad de la Iglesia de entonces es casi tan etnocéntrica como fue la actitud del clero de esa época frente a las culturas aborígenes” (González, 2010, p. 2).

El tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna marcó un antes y un después en la actitud de la corona española frente a los asuntos religiosos. Durante la Edad Media, y contrario a lo concebido por parte del imaginario colectivo, España era uno de los pocos reinos abiertos hacia

---

<sup>2</sup>Tratado jurídico internacional que regula las relaciones entre un Estado y la Santa Sede (Vaticano), ambos sujetos de derecho internacional. En el caso de Colombia, en su historia política solo se han suscrito dos concordatos, el anteriormente citado y el de 1973 entre el papa Pablo VI y el expresidente conservador Misael Pastrana, en el cual se le otorga plenas facultades a la Iglesia en el ejercicio de las disposiciones que emanan del derecho canónico y la labor educadora y evangelizadora de periferias y/o “zonas deprimidas”. En consonancia con lo anteriormente descrito, estos convenios han existido únicamente en Estados de tradición ligada al catolicismo; de hecho, gran parte de ellos los han abolido debido a los cambios ideológicos de sus constituciones.



la tolerancia religiosa, en él confluían armónicamente diversos credos: judaísmo, catolicismo e islamismo y el Gobierno monárquico propendía porque todos sus habitantes trabajaran en conjunto en aras de la prosperidad del reino sin distinción de creencias.

Sin embargo, la génesis de la Edad Moderna se convierte en testigo del surgimiento de una burguesía cristiana sólida que comenzó a despertar sentimientos de rechazo y resentimiento hacia las minorías religiosas, en especial judíos, por ser considerados como culpables de usura y de los nacientes problemas sociales del orden monárquico. A partir de allí, el Gobierno empieza a considerar la necesidad de generar unidad política a través de la religión, tomando medidas como:

El fortalecimiento de la vida intelectual de la Iglesia y una reforma moral del clero, bajo el control político y religioso de la Inquisición. Este tribunal eclesiástico, instaurado en 1478 en Castilla y en 1492 en Aragón, expresaba el intento de los reyes católicos para controlar la vida y el pensamiento de sus súbditos. En el siglo siguiente, este tribunal centraría su actividad en evitar la penetración del protestantismo en la península. (González, 2010, p. 4)

A partir de dicha postura, la corona emprende su labor evangélica no solo en la península sino también en tierras americanas desde visiones completamente divergentes que vale la pena destacar como la del fraile dominico Francisco De Vitoria, quien propuso una postura moderada referente a la actitud que los misioneros debían ejercer hacia los indios, llegando a considerarlos como “niños que debían ser, de alguna manera, tutelados por el rey de España, pero esa relación de tutela exigía amor y confianza” (González, 2010, p. 6). Esa y otras posturas brindaron un sustento ideológico a la colonización, en la cual se entendía que un pueblo más civilizado debía hacerse cargo de otro menos civilizado con el fin de facilitar las redes de comunicación y la unidad del género humano.

González también destaca que el papel de la Iglesia varió dependiendo del lugar y el contexto en el que se encontraban situados sus miembros. Un ejemplo claro de ello fue el papel ejercido por los capellanes en la resolución de conflictos entre los indígenas y los conquistadores para luego enfrentarse a los abusos de los llamados encomenderos. Asimismo, las autoridades reales tendían a cambiar de postura dependiendo del monarca de turno “desde unas preocupaciones más paternalistas de Isabel la Católica y de Carlos V, hasta las políticas más etnocéntricas e hispanizantes de Felipe II, plasmadas en la Junta Magna de 1568” (González, 2010, p. 8).

Ahora bien, esta obra busca resaltar que la Iglesia no estaba subordinada a los mandatos e intereses de la colonia, sino que comparte el dominio del poder en conjunto con las autoridades coloniales y las élites peninsulares. Cabe destacar que el principal aporte de este investigador es el de acabar con las generalizaciones negativas en contra de las comunidades misioneras en el proceso de colonización, estableciendo que “el proceso de aculturación, como señala Solange

Alberro, no fue resultado solo de la coerción y dominación, sino también producto de la necesidad de asimilación y de reacomodo de los propios indígenas a la nueva realidad” (González, 2010, p. 12).

Igualmente se logra esbozar un perfil de los conquistadores que dista considerablemente del imaginario contemporáneo en el cual logra establecer que la gran mayoría eran:

Pobres y analfabetos, que distaban de ser una población culturalmente homogénea: provenían de diversas regiones de la península y tenían unas prácticas y mentalidades imbuidas de una religiosidad popular, superficialmente cubiertas por las creencias y prácticas cristianas, que dejaban adivinar una mentalidad religiosa agraria, no muy lejana del paganismo de los aborígenes americanos y de sus prácticas mágicas. (González, 2010, p. 12)

Dicha realidad facilitó el proceso de aculturación, el cual fue de carácter mutuo puesto que tanto indígenas como conquistadores se vieron imbuidos en sus respectivas tradiciones. No menos importante es la descripción que este artículo lleva a cabo en lo concerniente a los orígenes de la Iglesia en la actual Colombia, en donde “la primera presencia de la Iglesia se produjo en Santa María la Antigua del Darién (1510), donde se estableció un grupo de clérigos, un convento franciscano y una escuela para hijos de los caciques” (González, 2010, p. 13).

Con el establecimiento de los primeros estamentos eclesiásticos llegaron las autoridades eclesiales, que en algunos casos al llegar al Nuevo Mundo se quejaban de las injusticias cometidas hacia los aborígenes. En consecuencia, obispos como Tomás Toro de Cartagena asumieron una postura crítica en referencia al:

...poco interés de los clérigos para predicar El Evangelio y de su deseo de enriquecimiento; Toro denuncia ante Carlos V la esclavización de los indios y las arbitrariedades contra los caciques zenúes, ganándose de esta forma la enemistad de los conquistadores. Esta labor de denuncia de los abusos contra la población aborigen caracteriza el desempeño de algunos de los primeros obispos que llegaron al país. (González, 2010, p. 14)

La figura clerical más destacada en la defensa de los indígenas fue el obispo de Popayán Juan Del Valle, quien “en 1546 (...) prohibió absolver a los encomenderos que cobraban a los indios más tributos de los permitidos o que los utilizaban como cargueros” (González, 2010, p. 14). Este obispo puso en discusión el papel ejercido por los encomenderos al afirmar que el propósito de dicha institución colonial se había desdibujado al descuidar su función evangelizadora para convertirse en netamente económica. En consecuencia, “los encomenderos que no habían tenido doctrina en sus encomiendas debían restituir ciento cincuenta pesos por cada mil recaudados

anualmente y los servicios personales, sin salarios, se consideraban deuda líquida” (González, 2010, p. 16).

Así mismo, González logra exponer la problemática del adoctrinamiento de los aborígenes producto de la falta de voluntad de los encomenderos hacia el aprendizaje de las lenguas nativas para así facilitar la asimilación de la doctrina cristiana en sus comunidades. Producto de esta realidad:

En 1580 no había mucha mejoría, según informa al rey Pedro de Zorrilla: los indios repetían como papagayos la doctrina en latín y castellano, por la desidia de los doctrineros en aprender su lengua. Pedro de Aguado se lamenta, en el proemio de su Recopilación Historial (ya escrita entre 1573 y 1574), del poco fruto logrado en tanto tiempo que los indios tienen noticia del evangelio: esto se atribuye al mal ejemplo de los españoles, al excesivo trabajo impuesto al aborígen y al poco trabajo en adoctrinarlo. Lo mismo reconocía el sínodo de 1606, convocado por el arzobispo Bartolomé Lobo Guerrero. (González, 2010, p. 18)

Gracias a la falta de disposición de algunos miembros del clero hacia el adoctrinamiento en las lenguas nativas, las autoridades coloniales y eclesiales decidieron ordenar a sacerdotes mestizos, quienes se encontraban en condiciones de predicar el evangelio en las lenguas locales, dado que eran bilingües.

Otro problema por enfrentar fue el llamado sincretismo de estas comunidades locales, producto de la convergencia de las dos culturas y tradiciones (española y americana). Gracias a ello, los indígenas adaptaban el nuevo dogma a su forma de percibir la vida, a su cosmogonía.

El historiador González finaliza su trabajo destacando el cambio de percepción de los obispos y religiosos sobre el comportamiento inmoral de los conquistadores y la poca evangelización en el siglo XVI. Lo anterior cambió entrado el siglo XVII por la nueva actitud devota y ferviente de la sociedad criolla; comienza a llevarse a cabo la construcción y planificación de grandes templos y catedrales; asimismo se fundan las primeras instituciones educativas por parte de comunidades religiosas como el Colegio Mayor de San Bartolomé, la Universidad Javeriana y el Colegio Mayor del Rosario.

## **ALGUNAS APROXIMACIONES AL CLERO EN LA EDUCACIÓN Y LA IMAGEN DEL SACERDOTE**

La educación fue vista como elemento configurador del poder del clero en la colonia, pues era dicho ámbito el que manejaba de manera exclusiva la labor de formar a sus ciudadanos, especialmente a los criollos. Por ello es coherente la afirmación del autor según la cual la Iglesia “no

solo forma los futuros clérigos, sino también a burócratas y abogados, a través de los cuales influye en la sociedad colonial” (González, 2010, p. 26).

Uno de los principales fundadores de instituciones educativas fueron los jesuitas, quienes constituyeron “colegios en Tunja (1613), Pamplona (1625), Honda (1634), Popayán (1640), Mompo (1643), Ocaña (1681), Pasto (1712), Santafé de Antioquia (1729) y Buga (1725)” (González, 2010, p. 26).

Dicho poderío cultural y educativo se tradujo en peso político, es por ello que:

Algunos preladados como Melchor de Liñán y Cisneros, sucesivamente obispo de Santa Marta (1665-1667) y Popayán (1667-1671), fue también visitador, encargado de residenciar al presidente Diego de Villalba, al que sucedió como presidente (1671-1675). También el arzobispo Francisco Cossio y Otero estuvo encargado interinamente de la presidencia (entre septiembre de 1710 y febrero de 1711) mientras el presidente Córdoba Lasso de la Vega se encontraba en comisión. Y, en 1716, el obispo de Caracas, Francisco del Rincón, fue nombrado simultáneamente arzobispo de Bogotá y presidente del Nuevo Reino: ejerció la presidencia durante trece meses. (González, 2010, p. 27)

Siguiendo con la misma línea temática, Vega (2011) reseña la obra de la historiadora Amanda Caicedo titulada *Construyendo la hegemonía religiosa. Los curas como agentes hegemónicos y mediadores socioculturales (diócesis de Popayán, siglo XVIII)*. En este libro la autora se centra en el papel del religioso (cura) como categoría de análisis, para ello le otorga a su accionar diversos atributos y/o características intrínsecas, las más relevantes son las de “mediador cultural y mantenedor del orden social hispánico” que logra generar un consenso entre las distintas cosmovisiones para compensar la desigualdad social en una sociedad basada en la segregación de castas. En aras de lograr un perfil acertado del religioso, Caicedo se plantea los siguientes interrogantes: ¿qué significaba ser cura?, ¿cómo se llegaba a dicha condición? y ¿qué significaba vivir como cura?

Las respuestas a dichos cuestionamientos establecen que el religioso era principalmente un mediador espiritual entre Dios y los hombres, una especie de médico espiritual quien impartía sanidad espiritual a través de los sacramentos y la enseñanza de la doctrina cristiana.

Al igual que González (2010), Caicedo aborda la conexión existente entre el estatus social y el acceso a las posiciones dentro de la Iglesia, la cual mantenía favoritismo hacia la ordenación de religiosos criollos. Sin embargo, tiempo después, los lineamientos se vuelven mucho más laxos al permitir la ordenación de sacerdotes mestizos gracias a que eran bilingües y, en consecuencia, podían ejercer un papel crucial en la evangelización de la población aborigen.

El autor destaca que Caicedo considera al religioso como un “gendarme”, quien aglutina en su persona cuatro herramientas: la confesión, la excomunión, la contención de los pecados públicos y la inspección de la veneración de imágenes, armas de las que, si no hacía un adecuado uso, podían más bien generar conflicto en las parroquias.

En un estudio más reciente, Silva (2015) analiza y describe el uso del miedo como instrumento de cristianización y conversión de los indígenas en las provincias de Santafé y Tunja durante la temprana colonia. Dicho factor operó bajo dos perspectivas: el sobrenatural cristiano y el segundo generado por el derecho punitivo como base de la evangelización.

El investigador hace hincapié en la naturaleza proselitista del credo cristiano como fundamento de su accionar en el Nuevo Mundo y única verdad dogmática. Por tal motivo:

La empresa cristianizadora adoptaba una forma destructora de los antiguos credos y una renovación mental de las creencias religiosas, lo cual no era nada sencillo. Se buscaba, en otras palabras, un desarraigo de unas culturas religiosas colectivas y su reemplazo por un discurso al igual de realidad subjetiva, pero que tenía un ánimo unificador y de imposición absoluta. (Silva, 2015, p. 6)

El estado de miedo descrito por Silva se encontraba intrínsecamente ligado a la concepción cristiana de la vida eterna, la cual se alcanzaba mediante las buenas obras, la revisión de conciencia y la observancia constante de los mandamientos bíblicos y sacramentos. Si lo anterior no era practicado por los indígenas, su destino sería fatídico y condenatorio, mereciendo el castigo divino en el infierno.

Por otro lado, teniendo como sujeto de análisis a los muiscas ubicados especialmente en Tunja y Santafé, el investigador narra el proceso de aculturación de estos grupos para los cuales:

Acercarse al dios planteado por el cristianismo podía llegar a ser muy dificultoso, no era sencillo comprender una religión implantada y traída a la fuerza, con un discurso recargado y lejano donde el mismo dios no era palpable y no encajaba en la cosmovisión milenaria de los muiscas. (Silva, 2015, p. 7)

Gracias a esa realidad, los indígenas se convierten en víctimas del discurso de miedo impuesto por los conquistadores, el cual dio sus frutos debido a la apropiación de nuevas visiones que impregnaron su dimensión cultural y espiritual:

Desde el punto de vista cultural, lo más importante de reconocer esa conversión al cristianismo era pertenecer a la sociedad colonial y no ser excluido, significaba darse un lugar en la sociedad y practicar con el resto de la población los ritos y costumbres del catolicismo. (Silva, 2015, p. 7)

El estudio expone igualmente la complejidad que para los aborígenes implicaba desligarse de sus dogmas para darle paso a un credo totalmente opuesto a sus cosmovisiones. Ello implicaba “una batalla que enfrentaba las nuevas creencias con las antiguas, donde las primeras no eran explicación suficiente para su realidad, como sí lo eran las segundas” (Silva, 2015, p. 7).

Las poblaciones indígenas caen en una profunda depresión a causa del proceso de imposición forzosa del catolicismo. Lo anterior los lleva a refugiarse en la celebración de festividades paganas; por otra parte, el consumo de la chicha fue férreamente condenado por las autoridades eclesiales de la colonia debido a que era considerado como impulsor del desorden y la inmoralidad.

Finalmente, se examinan los rastros de miedo presentes en el Primer Catecismo de Santafé de Bogotá escrito en 1576. En este documento se implementaron medidas drásticas como la construcción de un centro penitenciario dirigido hacia los infractores de la fe y en 14 artículos se vuelve a resaltar la importancia de la buena conducta para alcanzar el premio de la salvación eterna y evitar la condenación impartida por el demonio en el infierno.

Sin embargo, las medidas establecidas en los catecismos no fueron suficientes para erradicar la presencia de la religión aborigen, especialmente entre las generaciones de ancianos, quienes no lograron visualizar su futuro alejados de sus cosmovisiones. Gracias a esto, la Iglesia decide centrar sus esfuerzos hacia la evangelización de las nuevas generaciones quienes eran más fáciles de adoctrinar debido a su corta edad.

Entre los castigos más usuales para los “indígenas infractores” se encontraban el azote, el corte de cabello (el cual poseía una simbología sagrada) y la destrucción de sus santuarios.

Debido a dicho contexto, el miedo se yuxtapuso a la lógica de los indígenas lo que terminó convirtiéndolos al catolicismo. Sin embargo, estos grupos conservaban rasgos de sus antiguas tradiciones que mezclaban con el cristianismo incurriendo en prácticas sincretistas.

## CONCLUSIONES

La historiografía colombiana ha dedicado gran parte de sus esfuerzos al estudio del papel de la Iglesia en la vida colonial y la naciente república. El accionar del catolicismo promovido por la corona española en consonancia con el clero fue tan diverso y multifacético que la producción intelectual existente sobre dicha cuestión abarca múltiples ámbitos: economía, política, cultura, derecho canónico, entre otros.

Un claro ejemplo de esto son los últimos trabajos llevados a cabo desde la historia del arte. Benavides (2014) elaboró un estudio referente al papel del arte barroco utilizado por la Orden de Predicadores como medio de evangelización dentro de la población de la Nueva Granada. En dicha investigación se establece cómo las imágenes religiosas elaboradas por artistas europeos eran utilizadas como recursos pedagógicos para la evangelización de los grupos aborígenes, quienes en su mayoría eran iletrados.

Las autoridades eclesiásticas ordenan la fabricación de imágenes y obras de arte que representaban los hitos o acontecimientos narrados en los textos bíblicos, tales como el génesis, la crucifixión de Cristo y el apocalipsis.

Así pues, es imperante el inicio de un proceso de actualización de los estudios académicos referentes a la situación actual del clero en Colombia, en los que se aborden nuevas miradas enmarcadas en el acontecer contemporáneo, tales como el cambio del papel de la Iglesia a partir de la instauración de la constitución laica de 1991, en la que inciden nuevos actores en clave de otras denominaciones del cristianismo tales como el anglicanismo, la iglesia protestante (bautistas, pentecostales, adventistas), entre otros.

En ese sentido, es oportuno emprender estudios que lleven a entender la incidencia de políticas estatales que se adelantaron en consonancia de los preceptos fundacionales y el espíritu de esta nueva carta magna, es decir: la decisión de permitir que líderes religiosos de otros credos oficiaran ceremonias de unión nupcial con efectos civiles a partir del gobierno del liberal Cesar Gaviria Trujillo<sup>3</sup> (1990-1994). No menos relevante es la consecuente oleada de solicitudes de personería jurídica de dichos estamentos religiosos y/o espirituales que cada vez más ganan un lugar preponderante en otros escenarios como la política nacional en donde han logrado amalgamar sus creencias con programas de gobierno a escala regional y nacional.

Por último, considero necesario visibilizar los trabajos que, a manera de denuncia e investigación periodística, han buscado mostrar los casos de pederastia, principalmente dentro de la Iglesia católica en Colombia. Juan Pablo Barrientos<sup>4</sup> es uno de los pocos investigadores periodísticos

---

<sup>3</sup> Parte del contenido de la Ley 133 de 1994 de libertad de cultos en todo el territorio nacional partiendo de la pluralidad del Estado social de derecho.

<sup>4</sup> Periodista antioqueño de la Universidad Católica del Norte y especialista en periodismo electrónico de la UPB (Universidad Pontificia Bolivariana). Sus libros *Dejad que los niños vengan a mí* (2019) y *Este es el Cordero de Dios* (2021) han buscado, a manera de crónica, visibilizar casos de abuso sexual perpetrados por miembros del clero de la Diócesis de Antioquia, convirtiéndose en éxitos de venta a nivel nacional.

que ha adelantado trabajos en esta área. También sería pertinente realizar trabajos encaminados a visibilizar casos sonados de corrupción financiera dentro de iglesias cristianas protestantes desde una perspectiva que vaya más allá de lo periodístico.

## REFERENCIAS

1. Acevedo, J. (2007). *Iglesia y Estado en la conformación política de la Nueva Granada*. Colombia: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
2. González, F. (2010). *Evangelización o conquista espiritual. La iglesia colombiana en la conquista y la colonia*. En: Bonnet, D. La Rosa, M y Nieto, M (edit.) *Colombia: Preguntas sobre su pasado y su presente*. Colombia: Ediciones Universidad de los Andes.
3. Vega, J. (2011). *Caicedo Osorio Amanda. Construyendo la hegemonía religiosa. Los curas como agentes hegemónicos y mediadores culturales (diócesis de Popayán, Siglo XVIII)*. Colombia: Ediciones Uniandes.
4. Silva, Y. (2015). *Cristianización y manejo discursivo del miedo en los instrumentos de conversión de indígenas en la temprana colonia*. Colombia: Revista Via Iuris.
5. Benavides, F. (2014). *El arte de la palabra: las obras de arte de la Orden de Predicadores como medio de evangelización en el Nuevo Reino de Granada*. En: Alzate, C. Benavides, F y Escobar, A (coord.) *Religiosidad e imagen: Aproximaciones a la colección de arte colonial de la orden de predicadores de Colombia*. Colombia: Ediciones UST



# **The Supreme Court as Guarantor of the Rule of Environmental Law in the Government of President Jair Bolsonaro**

*O Supremo Tribunal Federal como garantidor  
do estado de direito ambiental no governo  
do presidente Jair Bolsonaro*

*La Corte Suprema Federal como garantidor  
del estado de derecho ambiental en el  
gobierno del presidente Jair Bolsonaro*

M Á R C I O R I C A R D O S T A F F E N

PhD in Public Law from Università degli Studi di Perugia - Italy. PhD and Master in Legal Science from Universidade do Vale do Itajaí - Brazil. Professor at Universidade do Vale do Itajaí. Doutor Honoris Causa from Universidad Antonio Guillermo Urrelo (Peru). Honorary Professor of the Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Member of the Comisión de Derechos Humanos del Estado de Mexico (Mexico). Member of the Comité da Escola de Formação de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia del Callao (Peru). Honorary Member of the Ilustre Colegio de Abogados de Ancash (Peru). Leader of the Center for Studies on Law and Transnationality (UNIVALI). Lawyer (OAB/SC). Email: [marcio.staffen@gmail.com](mailto:marcio.staffen@gmail.com) . ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1334-3489>

## Abstract

This paper aims to analyze the performance of the Supreme Federal Court (Brazil) on environmental rulings, originating from international obligations assumed by Brazil and the posture of the government of Jair Messias Bolsonaro, which oscillates between populism and denialism. The rhetorical strategy of the heads of the federal Executive is not a recent novelty in Brazil, and the latest President of the Republic, following the modus operandi of other counterparts, intensified the use of populism in an attack on the international legal order and its institutions. In its functions, the Brazilian Federal Legislative was held in a mere supporting role, without a clear defense of the internationally binding legal ties to Brazil, or a posture of interpellation to the Executive for the maintenance and enhancement of domestic law in the face of law arising from outside its territory. Thus, the Supreme Federal Court assumed the condition of guarantor of transnational legal claims and international law, as a brake on this negationist populism against International Law, contemplating the prevalence of the protection of Human Rights, Democracy, Environment Law, and the Rule of Law. For the development of this research, the inductive method was used, operationalized by the operational concept techniques, bibliographic research, and jurisprudential analysis.

### KEYWORDS

Populism. International Law. Transnational Law. Supreme Federal Court. Rule of Environmental Law.

## Resumo

O presente artigo objetiva analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (Brasil) nos julgamentos de matérias ambientais originárias de obrigações internacionais assumidas pelo Brasil e a postura do governo de Jair Messias Bolsonaro que oscila entre o populismo e o negacionismo. Em que pese o populismo, como estratégia retórica dos chefes do Executivo federal não seja uma novidade recente no Brasil, o último Presidente da República, seguindo modus operandi de outros homólogos intensificou o uso do populismo em ataque a ordem legal transnacional e suas instituições. Em suas funções, o Legislativo federal brasileiro conteve-se em papel de mero coadjuvante, sem clara defesa dos vínculos jurídicos internacionalmente cogentes ao Brasil ou postura de interpelação ao Executivo para manutenção e incremento do direito nacional perante o direito advindo de fora do seu território. Assim, o Supremo Tribunal Federal assenhorou-se da condição de garantidor de pretensões jurídicas transnacionais e do direito internacional como freio deste populismo negacionista contra o Direito Internacional, contemplando a prevalência da tutela dos Direitos Humanos, da Democracia, do Meio Ambiente e do Estado de Direito. Utilizou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e de análise jurisprudencial.

### PALAVRAS - CHAVE

Populismo. Direito Internacional. Direito transnacional. Supremo Tribunal Federal. Estado Ambiental de Direito.

## Resumen

Este artículo tiene como objetivo analizar la actuación de la Corte Suprema Federal (Brasil) en las sentencias en materia ambiental derivadas de obligaciones internacionales asumidas por Brasil y la postura del gobierno de Jair Mesías Bollonado, que oscila entre el populismo y el negacionismo. Si bien el populismo, como estrategia retórica de los jefes del Ejecutivo federal, no es una novedad reciente en Brasil, el último Presidente de la República, siguiendo el *modus operandi* de otros homólogos, intensificó el uso del populismo para atacar el orden jurídico transnacional y sus instituciones. En sus funciones, el Legislativo federal brasileño permaneció en el papel de mero actor de apoyo, sin una defensa clara de los vínculos jurídicos internacionalmente vinculantes con Brasil ni una actitud de cuestionamiento del Ejecutivo para mantener e incrementar el derecho nacional frente al derecho proveniente de fuera de su territorio. Así, la Corte Suprema Federal se afirmó como garante de las reclamaciones jurídicas transnacionales y el derecho internacional como freno a este populismo negacionista contra el Derecho Internacional, contemplando la prevalencia de la protección de los Derechos Humanos, la Democracia, el Medio Ambiente y el Estado de Derecho. Para el desarrollo de esta investigación se utilizó el método inductivo, operacionalizado mediante técnicas de conceptos operacionales, investigación bibliográfica y análisis jurisprudencial.

### PALABRAS CLAVE

Populismo. Derecho internacional. Derecho Transnacional. Corte Suprema Federal. Estado de derecho ambiental.

## INTRODUCTION

In July 2019, during a breakfast at Planalto Palace, the home of the Brazilian federal government, the correspondent of the British newspaper *The Guardian* and activist Dom Phillips directly questioned President Jair Bolsonaro, asking him "Do you understand and intend to convince and show the world that the government really has a serious concern about the preservation of the Amazon"? In a harsh response, the President of the Republic said: "First you have to understand that the Amazon is from Brazil, it is not yours. We preserve more than everyone else. No country in the world has the morals to talk about the Amazon" (Grigori, 2022). In June 2022, after disappearing in the Amazon rainforest, the journalist was found dead, quartered, and burned, in a crime whose circumstances must still be clarified by competent authorities.

This situation illustrates, unfortunately, the behavior of the Brazilian government. Populist, authoritarian, nationalist, and anti-democratic characteristics that rejects the effectiveness of international mechanisms of legal protection of relevant assets. One that also rejects public opinion from the press, the civil society, and non-governmental organizations; and one that takes advantage of rhetorical exercises that selectively intend to guide an exception policy, which challenges the presuppositions of the Rule of Law and the guiding principles of international relations.

Faced with scenarios such as these, this paper aims to analyze the performance of the Supreme Federal Court (Brazil) on environmental rulings originating from international obligations assumed by Brazil and the government of Jair Messias Bolsonaro, one that oscillates from populism to denialism, with emphasis on the clash between transnational legal bodies and agendas, and the populist discourse of revulsion at international institutions and actors.

This approach is justified by the Brazilian government's evident retrogression condition in the normative protection of the environment, in the legislative retreat in environmental protection, and in the denunciation and rupture with international legal obligations that are linked to the political agenda of President Jair Messias Bolsonaro (2018-2022), which catalyzes narratives and actions of violations and deregulations of environmental protection, making them the basis of their political capital.

Moreover, the choice for the agenda related to the legal protection of the environment summarizes the new dynamics of Brazilian populism that seeks to delegitimize the commitments arising from international norms, transnational spaces, and/or non-domestic actors, consolidating the face of a populism that ceases to focus on national social antagonisms: concentration of wealth, social marginalization, intervention in the economy and land distribution, for example, to attack globalization, its actors, and its flows.

Although populism, as a rhetorical strategy of the heads of the federal executive is not a recent novelty in Brazil, the latest President of the Republic, following the *modus operandi* of other counterparts, intensified the use of populism in attacking the transnational legal order and its institutions. The current manifestations of populism in the Bolsonaro government bring together traces of authoritarianism with elements of nationalist and anti-democratic discourses.

Despite its functions, the Brazilian Federal Legislature has held its role as a mere supporting body, without clear defense of internationally binding legal ties to Brazil or a position of appeal to the Executive to maintain and increase national law. At the same time, the Legislative Power remained indifferent to the attacks from the Executive, and, on the other hand, inert in view of its attributions in the dualist procedure of internalization of new international treaties.

Thus, the Supreme Court invokes the condition of true bastion, or guarantor, of transnational legal claims and international law as a brake on the populism-denialist of international law, contemplating the prevalence of the protection of human rights, democracy, the environment, and the rule of law. To this end, there is an integral defense of the constitutionality of the State and the condemnation of the nickname "State of Unconstitutional Things" that could arise from the populism in question.

To develop this research, the inductive method was used, operationalized by operational concept techniques, bibliographic research, and jurisprudential analysis.

## **THE BRAZILIAN MODEL OF POPULISM IN THE FACE OF INTERNATIONAL RELATIONS**

The consolidation of globalization as a behavior attacks the premise of the classical principle of sovereignty, according to which the States are "independent communities" in the exercise of its *imperium*. This is the framework for the phenomenon that is immediately relevant: global, transnational, supranational, and international organizations lead to social interaction in states in such a way, and with such autonomy, that sovereignty cannot assume the whole construct, but grants it greater complexity, especially by the multiplication of actors in which the State relates with or is impacted by. (Sassen, 2015, pp. 519-520)

Given this context, it becomes possible to set a pattern guided much more by channels of communication and presentation of precepts endowed with greater effectiveness for each phenomenon, given its specialty. Even if one observes at times, juxtapositions and/or overlaps, communication channels contribute to the development of the law, if tackled substantially.

Consequently, the notion that regulatory requirements do not originate in formal, vertical, descending flows, in an up-down style gains strength (Staffen, 2018). Political agendas are also challenged beyond the domestic territorial space of each State and its citizens.

Also, social dynamics, in addition to facing in the problem of the place of production of the standard, from the aspect of national/international geography, creates bases of hybridism with regard to the sources of law, their methods, and their place of production in times of globalization (Arnaud, 2007, pp. 148-150). Such movements are scenarios for political tension to be resized, with the conversion of borders, that used to be airtight, but are now porous. Therefore, national politics demands a political position in the face of transnationality. (Peters, 2021)

Given this context, Sabino Cassese points out that such a political practice is governed by the domain of networks with fluid development and variable alliances, overcoming the one with the greatest skill for establishing direct connections with civil society. In short: it minimizes the vertical relations mediated by the State, facilitates the channels for the circulation of legal models, and promotes research for analog functionality for previously domestic challenges. (Cassese, 2011, p. 74)

It is not by chance that Eric Posner (2009, 58-70) argues (radically it's true) in terms of the existence of Legislatures without legislators, Executives without rulers, and dispute resolution without judicial courts. Understandings like this have eventually inflated political reactions that seek to appropriate the feeling of popular frustration and set up a new standard of populism. In an opportunistic and selective way, it elects the international, transnational, or global dimension as a new enemy to be fought with inflamed rhetoric.

As ambiguous and polymorphic as the concept of populism can be, as Heike Krieger says (2019), in the Brazilian case, the period of the last five years marks a bricolage in the form of populism that traditionally accompanies the representatives of the Republic. Before, the pattern of Brazilian populism passed through national social antagonisms, such as concentration of wealth, social marginalization, intervention in the economy, land distribution, control of social movements, and such. However, always flirting with the ways of authoritarianism. (Cardoso, 2013)

However, the ongoing populism in Brazil now aligns with similar demonstrations with those found in governments such as Donald Trump's, Viktor Orbán's, Rodrigo Duterte's, Nicolas Maduro's, and others. In order to reject the effectiveness of international mechanisms for the legal protection of relevant assets; to delegitimize public opinion from the press, civil society, and non-governmental organizations; seeking to counter the manifestations of globalization.

In common, these governments typified as populists affect the nature and function of international law at two different levels: through policy, its practices alter the general environment in which standards are interpreted, and, in the legal sphere, where populist governments are guiding changes in the interpretation of international legal norms. (Krieger, 2019, p. 996)

Specifically, the government of Jair Bolsonaro never omitted his options for rising up against the "globalism" that involves the international as a pernicious manifestation, corrupting of national values, patriotism, and religious traditions. It, therefore, attacks the agenda of protection and implementation of Human Rights, protection of the Environment, commitment to global justice, rules related to the use of force and production of weapons, action in the face of migration cases, and refined coordination for health. However, as Lucas da Silva Tasquetto and João Henrique Roriz state (2020, pp. 122-123), this same populism, refractory to international law, was based on a true "arranged marriage" to validate international agendas aimed at state reform, neoliberal bias (pension reforms, labor legislation reforms, administrative reforms, simplification of environmental licensing requirements, and privatizations).

It is also necessary to record that the Bolsonaro government agenda elects classic arguments of international law to justify its actions and options, often resorting to discourses that praise the sovereignty, non-intervention, and popular self-determination, which was shown since his first *electoral slogan* ("Brazil above everything, God above everyone"), therefore valid to its authoritarian intent.

With this, the Bolsonaro administration demonstrates not only to make use of the practice of "*cherry picking*" (Krieger, 2019, p. 977), but to reduce international law for purposes useful to state reasons, and to refute the institutions that guide the legal dimension that comprises international law on a humanistic basis, transnational law, and global law, adjective by part of its administration as "globalism" (Araújo, 2019). In summary, the main target is not in international law, but in the transnationalization of law and its global dimension, as it is seen as a threat since it relativizes the total claims of the production of legal norms by the State. (Silva, 2021)

The crusade against the transnationalization of law and against the configuration of its actors, transits through the refutation of transnational dialogue networks, the new configurations of social representations, and denial of the emergence of new rights. In line with what Heike Krieger (2019, pp. 979-982) says, the ongoing populism in contemporary Brazil inhibits full democratic participation, excludes civil society from public debates, and empties the functions of control, including the control of external observers.

Consequently, populism as designed by the Bolsonaro government encourages the rupture between local levels and global levels of politics, representation, and standardization. It does in the name of defending traditional Brazilian values and defending the sovereign homeland with the purpose of driving away the effectiveness of transnational legal precepts, delegitimizing the validity of Human Rights, attacking Democracy, discrediting the role of non-governmental and transnational organizations, and denying concern for the environment and climate change.

In this sense, the argument made by the former Brazilian Chancellor, Ernesto Araújo, is self-explanatory:

Globalism tries to formulate, in a canhestra way, a kind of new religion, with these pseudovalues, these legitimate concepts, but which are extrapolated and transformed into ideology – such as human rights, such as tolerance, such as environmental protection, for example. (Araújo, 2019, p. 5)

For these and other "doctrines", the Bolsonaro administration engenders energies to delegitimize international institutions, with clear reactionary greetings that sees in the past a more adequate society, and that bets on the worsening of institutional and social crises as a means of conserving its political capital. The perception of crisis is a necessary institution.

In this article, the sphere of environmental protection is seen by the Bolsonaro government as a mere figure of a globalist elite that intends to intervene in domestic affairs, when not sabotaging Brazil. Environmental protection results in the Brazilian competitive delay in the global market. The movement of non-governmental organizations interested in the environmental agenda is understood as a breach of national sovereignty, and, as such, the presence of these institutions should be controlled, mentioning the existence of criminal collusion by NGOs<sup>1</sup>. The assumption of transnational environmental protection commitments is an ideological manifestation that is attentive against the State.

---

<sup>1</sup> Especially: "Since 2019, my government has been consciously adopting environmental protection policies, knowing the double challenge we face. We have an obligation to preserve our biomes, and, at the same time, we must face complex social adversities, such as unemployment and poverty, in addition to seeking to ensure the food security of our people. In 2020, we advanced in this direction and, even facing a difficult and atypical situation due to coronavirus, we reinforced surveillance actions on our biomes and strengthened our means to combat ecosystem degradation, external sabotage and biopiracy. In the Amazon, we launched Operation Green Brazil 2, which has managed to reverse, so far, the trend of increase in the deforested area observed in previous years. We will continue this operation to further intensify the fight against these problems that favor organizations that, associated with some NGOs, command environmental crimes in Brazil and abroad". (Vardélio and Vilela, 2020)



Moreover, the combination of denialist and bellicose populism against international relations and the agenda of environmental protection finds an even more complex variable, which puts at risk the protection of the environment: the aversion to science (Ventura and Martins, 2020). Populist narratives and their appeals to civil society infuses public opinion against science. Thus, not only is it attentive against international organizations and their normative precepts, but also forces itself to doubt its validity and effectiveness. With each discredit sowed, a delay in environmental protection.

However, environmental protection populism-denialist not only takes on the effectiveness and effectiveness of international, transnational, and/or global legal mechanisms. There is a foundation of international law in domestic law, in constitutional law, for example. Weakening the transnational legal order is weakening constitutional law.

## **THE SUPREME COURT AND ITS GUARANTOR FUNCTION IN THE FACE OF POPULISM**

The course of the last five years indicates that Brazil is getting worse in indicators of environmental protection (Staffen, 2020, pp.352-364), reduction of the effectiveness of environmental protection, repeal or relaxation of environmental standards, exit or non-acceptance of international commitments, persecution of environmental activists and defenders, and recurrence of disasters arising from the action of man in nature. (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, 2021)

Despite the extractive past that marks the construction of the Brazilian state, the last four decades, particularly after the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and the construction of the Rule of Environmental Law, the progressive normative protection in environmental matters that put Brazil in a position of vanguard and material reference for the other States was consolidated, made clear in the Rio-92 Convention and the comparison on the constitutionalization of the environment since the Brazilian Constitution.

It happens that such progress was not enough to ensure a change in the popular imagination that, indifferent to the economic conditions of each individual or social class, generally sees the protection of the environment as a cause of economic crises, delay in national progress, competitive damage in the external scenario, increased production costs and inflation to the final consumer, systematization of corruption, and international intervention in Brazil's domestic affairs. This scenario becomes more complex when it involves agendas on indigenous peoples, traditional people, and the Amazon rainforest.

Faced with the Brazilian reality, with its economy immersed in political and economic crises since 2014, which finds clear economic dependence concentrated on agribusiness and the sale of commodities, and with a strong tradition in rural property that is organically mobilized in the powers of the Republic, the discourse on reduction of environmental protection and naive nationalism took refuge in the figure of Jair Bolsonaro, who since his presidential campaign has been guided against the environment and its protection regime, seeking, therefore, enough votes for the election.

Thus, once elected and sworn in, the Bolsonaro government began to conduct administrative and legislative actions and measures that corresponded to the campaign promises and the aides of the pressure groups with strong populist appeal. Such actions were not restricted to the territorial contours of Brazil. In the area of diplomacy and international organizations, the changes were clear in Brazilian behavior at Climate Summits (COPs), in the management of the Amazon Fund, and the Free Trade Agreement between the European Union and MERCOSUL. In common, the Brazilian government denied its protective and promotional deficiencies in environmental protection and highlighted nationalist criticism of foreign countries, making personal attacks on other heads of state with the aim of pleasing their voters and parliamentary support base in the National Congress.

Given the alignment between Parliament and the Presidency of the Republic, some governors of member states of the Federation sought to directly deal with foreign institutions and states for joint environmental protection actions, like Pará with the Embassies of Norway and Germany for the creation of the Eastern Amazon Fund.

However, the greatest confrontation with the populist and derogatory government rhetoric and measures of the Rule of Environmental Law in the Bolsonaro government is on the agenda of the Supreme Federal Court, the top body of the Brazilian judiciary that reconciles the powers of constitutionality control with the defense of the federation. Also, it is not just about the regulation of transnational activity by domestic courts. (Whytock, 2012, pp. 55-68)

The Supreme Court has concentrated, in an ongoing trial at the present, on actions of the Federal Government against the environment. Denominated as the "Green Package", the seven agendas, all arising from the Executive under the leadership of President Bolsonaro, involve deforestation of the Amazon, the limitation of the autonomy of the Brazilian Institute of the Environment and Renewable Natural Resources (IBAMA), standards of adequacy to the Recom-

mendations of the World Health Organization on air quality, and the exclusion of environmental policies and is mostly under min's rapporteurs Carmen Lucia<sup>2345678</sup>.

At the beginning of the reading of the sentence, Carmen Lucia maintained that the Federal Government is a "confessed defendant" in the practice of environmental transgressions. Creating a metaphor of termites, she explained that institutions are being destroyed from the inside. "Inefficient public policies, processes of destruction are promoted. The shallow court is no longer destroyed, but what began to happen was destruction from the inside."

In her vote, she defended the existence of an "unconstitutional State of Things" in the actions of the Federal Government, which means that it sees widespread and systemic violations of fundamental issues and the rule of environmental law, since "the 'institutional termite' leads to the breakdown of the structures put to guarantee human rights, including the rights to the ecologically balanced environment".

---

<sup>2</sup> Action Against a Violation of a Constitutional Fundamental Right *n. 760*. (2020), calls on the government to resume the Plan to Prevent and Combat Deforestation in the Amazon. The action was filed in November 2020 by the PSB, REDE, PDT, PT, PSOL, Pcdob, and Partido Verde parties, in conjunction with 10 other entities in the environmental segment. Brasília, DF.

<sup>3</sup> Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission *n. 54* (2019) action submitted by the Rede Sustentabilidade which alleges unconstitutional omission of the President of the Republic, Jair Bolsonaro, and the then Minister of the Environment, Ricardo Salles, in curbing the advance of deforestation in the Amazon. Brasília, DF.

<sup>4</sup> Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality *n. 6.148* (2019). which questions Resolution 491 of the National Council for the Environment, which does not satisfactorily regulate acceptable air quality standards. Brasília, DF.

<sup>5</sup> Action Against a Violation of a Constitutional Fundamental Right *n. 651* (2020). calls for the declaration of unconstitutionality of a decree that does not provide for the participation of civil society in the National Environment Fund. Brasília, DF.

<sup>6</sup> Action Against a Violation of a Constitutional Fundamental Right *n. 735* (2020) states that a federal decree and an ordinance of the federal government limit the autonomy of Ibama to promote surveillance by defining that the Ministry of Defense coordinates Operation Green Brazil. Brasília, DF.

<sup>7</sup> Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission *n. 59* (2020). questions the federal government's non-availability of R\$ 1.5 billion to the Amazon Fund, which provides for environmental preservation projects. Brasília, DF.

<sup>8</sup> Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality *n. 6808* (2021). contests the law that provides for automatic concession and without analysis of operating permits to environmental licensing for companies, within the National Network for the Simplification of registration and legalization of Companies and Business (Redesim). Brasília, DF

With this position, which inaugurates the simultaneous trials, Minister Carmen Lucia seeks to align precedents of the Court itself to recognize the constitutional limits to the performance of the Brazilian government, and to ensure the principle of environmental non-retrogression by compelling the action of the Federal Executive to promote environmental defense and refrain from widespread violations, causing the conduct of populism and denialism of the President of the Republic to be inhibited by the link with the Federal Constitution.

Likewise, the reference to the 2030 Agenda of the United Nations, the Sustainable Development Goals, and the Agreements concluded at the Climate and Climate Change Summits is recurrent in the manifestation of Minister Carmen Lucia, emphasizing the contradictory way assumed by the Brazilian government.

The very meeting of the trials, a fact unusual in the tradition of the Supreme Court, demonstrates the position of the Court, before the behaviors and discourses of the President of the Republic and Parliament, which launches itself as an agent of diplomacy and provider of spaces for new laws, regents of international relations, aiming to deter the systematized violations of the legal duty of environmental protection and the populist rhetoric of the Executive, indicating a correctional pattern inherent to the Rule of Environmental Law, and a preserved institutional capacity for foreign states and international organizations.

Illustratively, this is clear when the analysis of Direct Action of Unconstitutionality n. 6.148/2019 that, when judging from Resolution 491 of the National Council of the Environment, an organ that was mischaracterized by the ordinance of President Jair Bolsonaro, who replaced technical personnel with political names, which empties the protection of the air, before previous standards of the Council itself and, also, from the World Health Organization (WHO), seeks to insert itself in the debate about the Brazilian express abandonment of international commitments and the use of precarious normative sources, and produced unilaterally by the Executive to regulate the matter that involves the right to health, social security, and the environment. The progress of the trial indicates a decision of the Constitutional Court that commits the Brazilian government to return to World Health Organization standards.

The demand discussed the constitutionality of the aforementioned Resolution 491/2018 of Conama, which after about seven years of internal processing, conveyed air quality standards — a component intrinsically related to the protection of fundamental rights to a balanced environment, health, and life. The contested normative act, in turn, replaced the previous one (Conama Resolution No. 5, of June 15, 1989), edited 30 years ago.

The point of criticism that most affected the court was the fact that, without fixed deadlines for progress in relation to air quality criteria; and without mechanisms that operated in the implementation of these same criteria — especially in the case of omission or failure on the part of the federated entities — the model recommended by Conama Resolution 491/2018 proved to be incapable of generating the desired adhesion effect. Command without sanction would be emptied in its ability to induce conduct — and in this, would harm constitutionally protected values.

The solution proposed by the Constitutional Court involved the dismissal of the request, with a "determination" for the regulator to review the rule discussed within 24 months. I emphasize a subtle point regarding the spectrum of analysis that the court recognizes, even when it takes care of a deferential judicial approach to the administration's choices.

Afraid that Conama will not undertake the adjustments guided by the decision being constructed, the Plenary — at this point, driven by the insistence of Minister Ricardo Lewandowsky — decided to establish consequences for this eventual omission or delay. This led to a return to the old substitutive practices, with the prediction that the failure of Conama to deliberate within 24 months will result in the "immediate" application of the new guidelines established by WHO.

In summary, in addition to the strict control of constitutionality, with such judgments, the Supreme Federal Court launches itself in the vacuum of the Brazilian Government and the position of validation of the foreign actions of the Brazilian Head of State, under the jurisdiction of the National Congress, to constitute itself as guarantor of the legal obligations and intergenerational policies incapable of retrogression, finding a possible institutional solution to inhibit the populism established in the current government, even if this positions the Constitutional Court as the target of requests for its closure and impeachment of its Ministers.

Thus, when the State of Unconstitutional Affairs was recognized in the so-called "green package", the Supreme Court transcended its role as guardian of the Constitution. Faced with the scenario of installed populism, even if not recognized by the Court, the Court stressed its position to highlight the need to meet internationally assumed legal obligations, as a means of full defense of the Constitution, of normative non-retrogression, of legitimacy of international, transnational, and global law, of guaranteeing popular participation, and of external control of public administration.

No less, it signed a diplomatic and institutional message underlining the existence of ongoing checks and balances to populism. It consolidates the need for preservation and improvement

of the Environmental Law, whose notion of environment is holistic and integrative with other rights, imposing limits on the manipulation of international law by populist rhetoric.

## FINAL CONSIDERATIONS

Conclusively, provisionally, given the discussion stage still underway in the Supreme Federal Court, it is possible to assert that, in the face of the scenario of populism and denialism of the Bolsonaro government, given international law and international organizations (Public, Private, and/or Transnational), associated with the movements of the National Congress, the Brazilian Constitutional Court found a domestic and emergency solution to compensate for the opposition and/or inaction of the State on international law and its institutions, seeking to constitute resistance from the internal scope, not to deteriorate the rule of environmental law and national political and legal institutions.

Populism from the perspective of the study is dynamic to consolidate instruments for authoritarianism and mechanisms of disruption with global flows. This is not an expedient that simply calls into question the transnational legal order as a whole. On the contrary, essential concepts of classical international law are enhanced in the populism architected by the Bolsonaro administration, such as the idea of national sovereignty, non-intervention, and self-determination of peoples.

It is possible to conclude that the populist uprising of the Jair Bolsonaro government is directed against the configuration of international rights and institutions that consolidated after the second half of the twentieth century, and that have in their DNA the commitment to human rights, democracy, global justice, the peaceful solution of controversies, the environment, multipolarity, new transnational actors, globally protected legal assets, new models of standardization, and the transnationality of jurisdictions.

The Supreme Federal Court presents itself as a bastion and trench to avoid the disruption of the Brazilian State with the institutions and with the idea of the rule of law coming from the international, transnational, and global order. It has been said that the Supreme Federal Court, in the exercise of its constitutional attributions, in addition to mitigating populist break-ins and preserving the *assumptions of the rule of law*, ensures Brazilian adherence to the collection of rights, guarantees, and obligations that make up the current complex legal regime.

However, the analysis of ongoing movements points to the emergence of side effects, as the populist onslaught that elects the Constitutional Court itself as a target, reducing it as a traitor to the nation, preaching the non-compliance of judicial decisions, filing impeachment procee-

dings against ministers, and encouraging demonstrations that aims for marches asking for the closure of the Supreme Court.

Therefore, by general duty of caution, it is imperative to be vigilant so that populist denialism does not advance on flanks that allow for a break with international legal precepts. It is also necessary to shield the guardian of the Constitution from populist attacks, so that it can maintain international legal precepts, not just in environmental matters. In the Brazilian case, populism transcends ruptures with the transnational legal order, making it possible to empty the collection of fundamental rights and guarantees and the function of its safeguard institutions. In short: it is necessary to effectively preserve the protection and the protector!

## REFERENCES

- Araújo, E. H. F. (2019). Globalismo: uma visão a partir do pensamento de Nietzsche. *Cadernos de Política Exterior*, 8, 5-14.
- Arnaud, A. (2007). *Governar sem fronteiras: Entre globalização e pós globalização*, Lumen Juris.
- Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality n. 6.148* (2019). which questions Resolution 491 of the National Council for the Environment, which does not satisfactorily regulate acceptable air quality standards. Brasília, DF.
- Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality n. 6808* (2021). contests the law that provides for automatic concession and without analysis of operating permits to environmental licensing for companies, within the National Network for the Simplification of registration and legalization of Companies and Business (Redesim). Brasília, DF.
- Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission n. 59* (2020). questions the federal government's non-availability of R\$ 1.5 billion to the Amazon Fund, which provides for environmental preservation projects. Brasília, DF.
- Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission n. 54* (2019) action submitted by the Rede Sustentabilidade which alleges unconstitutional omission of the President of the Republic, Jair Bolsonaro, and the then Minister of the Environment, Ricardo Salles, in curbing the advance of deforestation in the Amazon. Brasília, DF.
- Action Against a Violation of a Constitutional Fundamental Right n. 651* (2020). calls for the declaration of unconstitutionality of a decree that does not provide for the participation of civil society in the National Environment Fund. Brasília, DF.
- Action Against a Violation of a Constitutional Fundamental Right n. 735* (2020) states that a federal decree and an ordinance of the federal government limit the autonomy of Ibama to promote surveillance by defining that the Ministry of Defense coordinates Operation Green Brazil. Brasília, DF.



*Action Against a Violation of a Constitutional Fundamental Right n. 760.* (2020), calls on the government to resume the Plan to Prevent and Combat Deforestation in the Amazon. The action was filed in November 2020 by the PSB, REDE, PDT, PT, PSOL, Pcdob, and Partido Verde parties, in conjunction with 10 other entities in the environmental segment. Brasília, DF.

Cardoso, F. H. (2013). *Pensadores que inventaram o Brasil*. Companhia das Letras.

Cassese, S. (2013). *Chi governa il mondo?* Il Mulino.

Giudice, A. I. (2011). *Istituire il postnazionale, identità europea e legittimazione*. G. Giappichelli.

Grigori, P. (2022). Bolsonaro já respondeu Dom Phillips e o usou em post sobre “cobiça” pela Amazônia. *Correio Braziliense*. Available at: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/06/5015342-bolsonaro-ja-respondeu-dom-phillips-e-o-usou-em-post-sobre-cobi-ca-pela-amazonia.html>. Access in: 17 jun. 2022.

Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (2021). *Relatório Anual do Projeto de Monitoramento do Desmatamento na Amazônia Legal por Satélite*. Available at: <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/prodes>. Access in: 28 mar. 2022.

Krieger, H. (2019). Populist governments and international law. *European Journal of International Law*, 30, pp. 971-996.

Peters, A. (2021) The American Law Institute’s restatement of the law: bastion, bridge and behemoth. *The European Journal of International Law*, 32 (4), pp. 1377-1398.

Posner, E. A. *The perils of global legalism*. Chicago: The University of Chicago Press.

Sassen, S. (2015). *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Buenos Aires: Katz.

Silva, D. S. and Derani, C. (2021). A ordem transnacional como fator de relativização da pretensão totalizante de produção de normas jurídicas pelo Estado. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, 26 (2), pp. 508-529.

Staffen, M. R. (2020). Indicadores transnacionais de corrupção ambiental: a opacidade na transparência internacional. *Revista de Direito Internacional*, 17 (2), pp.352-364.

Staffen, M. R.(2018). *Interfaces do direito global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Taschetto, L. S. & Roriz, J. H. (2020). “Deus em Davos”: populismo, neoliberalismo e direito internacional no governo Bolsonaro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, 17 (2), pp. 122-123.

Vardélio, A. & Vilela, P. R. (2020). *Bolsonaro diz que novo marco da biodiversidade deve considerar crise: presidente discursou na Cúpula da Biodiversidade da ONU*. Available at: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-09/bolsonaro-diz-que-novo-marco-da-biodiversidade-deve-considerar-crise>. Access in 13 jun. 2022.



Ventura, D. & Martins, J. (2020). Between Science and populism: the Brazilian response to COVID-19 from the perspective of the legal determinants of Global Health. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, 17 (2), pp. 67-83.

Whytock, C. A. (2012) Transnational judicial governance. *St John's Journal of International & Comparative Law*, 02 (1), pp. 55-68.



**Revista de  
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.61.611.072>

# **Régimen jurídico de la capacidad de mayores de edad con discapacidad en Colombia**

*Legal regime of the capacity of persons with  
disabilities of legal age in Colombia*

FANNY PATRICIA NIÑO HERNÁNDEZ

Abogada de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Comercial por la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Máster y doctora en Derecho del Comercio y la Contratación Universidad Autónoma de Barcelona (España). Docente de la Universidad Francisco de Paula Santander Cúcuta y Miembro del Grupo de Investigación Jurídico, Comercial y Fronterizo de la misma universidad. [fannypatricianh@ufps.edu.co](mailto:fannypatricianh@ufps.edu.co)  
[patrician24@hotmail.com](mailto:patrician24@hotmail.com) <https://orcid.org/0000-0001-8141-0041>

## Resumen

En Colombia, la Ley 1996 de 2019 estableció el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas mayores de edad con discapacidad, materializando así el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Estas normas generan un cambio de paradigma en la institución jurídica; en razón de esto, este documento hace una reflexión sobre las generalidades del desarrollo del régimen jurídico de la capacidad de las personas con discapacidad mayores de edad y los cambios que para el derecho colombiano representa. Para tal fin, se abordará el tema de la discapacidad en Colombia desde la Constitución de 1991, seguidamente se hará alusión a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, específicamente en su artículo 12, y en el capítulo final se explicarán las características propias de la Ley 1996 de 2019, que armoniza los criterios de la mencionada Convención.

### PALABRAS CLAVE

Discapacidad, capacidad, derechos humanos, personalidad jurídica, incapacidad.

## Abstract

In Colombia, Law 1996 of 2019 established the regime for the exercise of legal capacity of disabled persons of legal age, thus materializing Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. These norms generate a paradigm shift in the legal institution of capacity; for this reason, this article highlights the generalities of the development of the legal regime of the capacity of disabled persons of legal age and the challenges that it represents for Colombian law. To this end, the issue of disability in Colombia will be addressed from the 1991 Constitution, followed by an allusion to the Convention on the Rights of Disabled Persons, specifically in Article 12, and in the final chapter, the characteristics of Law 1996 of 2019, which harmonizes the criteria of the aforementioned Convention to Colombian law, will be explained.

### KEYWORDS

Disability, Capacity, Human Rights, Legal personality, Incapacity.

## INTRODUCCIÓN

El 26 de agosto de 2019 se publicó la Ley 1996, que establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, y el acceso a los apoyos, lo que lleva, a realizar un trabajo de revisión y recuento normativo y jurisprudencial y a preguntarse cuáles son los aspectos más destacables de este nuevo régimen jurídico y qué cambios generan estas nuevas normas.

La respuesta a estos interrogantes surgió de un ejercicio de investigación que utilizó metodología cualitativa, siguiendo el orden histórico-descriptivo, indagando en fuentes de información como la normatividad, jurisprudencia y doctrina, de cara a los ejes temáticos planteados, teniendo como herramienta la revisión y el análisis documental, describiendo de manera breve el marco constitucional, las generalidades de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y finalmente los aspectos más relevantes del nuevo régimen jurídico de las personas con discapacidad mayores de edad contenido en la Ley 1996, lo que permitió determinar que a pesar de las posibles faltas de desarrollo legislativo, en términos generales, el derecho colombiano se adecua al modelo de protección social, estableciendo la presunción de capacidad de todas las personas con discapacidad, eliminando la figura de la interdicción, limitando la figura de la nulidad y permitiendo la adopción de medidas tendientes a garantizar el ejercicio del derecho por medio de los apoyos y las directivas anticipadas.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trajo consigo nuevas directrices en cuanto al tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, bajo el orden de implementar las medidas y mecanismos para su efectivo ejercicio.

Estas modificaciones devienen de la evolución del concepto de incapacidad, al respecto la doctrina ha referido que la capacidad ha sido abordada en tres estadios o modelos, a saber: (i) el de prescindencia, (ii) el rehabilitador y (iii) el modelo social (Palacios, 2008).

En el primero, las personas con discapacidad fueron consideradas como improductivas, de modo tal que se suprimió su rol en la sociedad por no aportar a la misma; inclusive, obedecían a prejuicios religiosos a modo de castigo familiar (Molinares, 2020, pp. 100-101). En el segundo modelo, a diferencia del anterior, se estimó que las causas que forjaban la discapacidad eran médico-científicas y, por tal motivo, estas personas podían ser útiles, siempre y cuando fueran objeto de tratamiento (Buitrago et al., 2015, p. 143), buscando normalizarlas, pero bajo criterios que determinaban profesionales de la salud (Molinares, 2020, p. 102).

Finalmente, se tiene el modelo social como un desarrollo teórico y normativo (Victoria, 2013), que busca un reconocimiento de la capacidad, promocionando verdaderamente la autonomía

(Hernández, 2020, p. 63) de modo tal que “las personas con discapacidad pueden contribuir a la construcción de la sociedad en iguales circunstancias que el resto de las personas, pero desde su inclusión social y el respeto a lo diverso” (De Lorenzo et al., 2009, pp. 47-55).

Este último modelo reflexiona que el origen de la discapacidad obedece a aspectos eminentemente sociales, restándole valor a los fundamentos religiosos y científicos (Palacios, 2008, p. 103); así mismo, va encaminado a “normalizar a la sociedad y no a las personas con discapacidad” (De Asís, 2013, p. 40) en cuanto a las directrices legislativas, ejecutivas y jurisprudenciales.

Así las cosas, se propende para que las personas con discapacidad como sujetos de derechos puedan ejercer los mismo, al eliminar las barreras preestablecidas, por cuanto se mitigan criterios de discriminación, de la mano con los presupuestos internacionales en derechos humanos y, sobre todo, de la materialización de la igualdad, por encima de cualquier diferencia social, mental, intelectual, sensorial o física (Buitrago et al., 2015, p. 148).

En Colombia, se promulga la Ley 1996 de 2019, que creó el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, modernizando la legislación en el aspecto de la capacidad, estableciendo una presunción de capacidad jurídica en favor del mayor en situación de discapacidad, pero también replanteando el abordaje del tema de la capacidad, lo que generó expectativas y retos para los operadores jurídicos.

Es por lo anterior que este documento busca contribuir, desde la reflexión, en la divulgación del nuevo régimen legal, abordando el tema de la discapacidad, en primer lugar, sobre los términos constitucionales; en segundo lugar, sobre la Convención y, finalmente, sobre la Ley 1996 de 2019 en cuanto a sus características específicas, identificando de qué manera el ordenamiento colombiano ha adoptado este nuevo paradigma al modificar aquellos obstáculos normativos que impedían que las personas con discapacidad tomarán decisiones.

## **MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Si bien la protección de los derechos de las personas mayores con discapacidad se ha llevado a cabo por medio de diferentes instrumentos del derecho internacional público en materia de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante CDPD o la Convención—, de 2006, resulta icónica, por cuanto modificó la visión jurídica que sobre la discapacidad existía, respondiendo a los movimientos por la igualdad de las personas mayores con discapacidad.

Por ello, teniendo en consideración que la Constitución colombiana es del año 1991 (anterior a la Convención 9 años), y a pesar de que en revisión de constitucionalidad se afirmó que la conven-

ción “resulta claramente encuadrada dentro del marco axiológico de la Constitución de 1991, y en especial de sus artículos 13 y 47” (Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 2010), en las próximas líneas se realizará un breve recuento de la norma suprema en materia de discapacidad y cómo la Corte Constitucional a través de sus fallos ha venido interpretando la Constitución de conformidad con los compromisos que para el país representó el adherirse a la Convención en mención.

La Constitución Política de 1991 establece dentro de los derechos fundamentales el derecho a la igualdad de todas las personas, sin “ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (art. 13).

Aunque el artículo anterior no hace mención de la discapacidad como moción de discriminación, en jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ampliado tal catálogo con criterios denominados sospechosos, incluyéndose la discapacidad dentro de estos, por concurrir en ella tres de los aspectos que determinan su inclusión, a saber:

(...) la modificabilidad de los rasgos externos determinada por la manifestación de la propia discapacidad, una historia de discriminación caracterizada por el aislamiento y la segregación, y finalmente, una propensión social a desarrollar sentimientos de rechazo de temor o de desconfianza ante la manifestación de la diferencia. (Corte Constitucional, Sentencia T-826 de 2004)

De allí que se haya reconocido a las personas con discapacidad como sujetos de especial protección constitucional, de la que “se deriva la atención diferencial en favor de los grupos que históricamente han sido discriminados o marginados” (Corte Constitucional, Sentencia T-285 de 2012).

Por otra parte, en el artículo 47 superior se hace referencia a la obligación por parte del Estado de llevar a cabo una “política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y físicos (...)”, lo que configura una obligación del Estado en pro de las personas reconocidas como sujetos de especial protección; sin embargo, es de anotar que al enunciar las políticas, se puede observar una cierta inclinación de la norma constitucional hacia el sistema médico-rehabilitador.

No obstante, la Corte Constitucional ha reinterpretado dicho deber adecuándolo hacia los principios de la CDPD y relacionado con las barreras sociales:

... bajo el abordaje que actualmente sirve de parámetro a la normatividad nacional e internacional en la materia, la discapacidad no es igual a las diferencias orgánicas, funcionales o intelectuales del individuo (diversidad orgánica o funcional) sino que tiene relación con las barreras sociales al goce efectivo de derechos y a la participación en la sociedad. (Corte Constitucional, Sentencia C-042 de 2017)

En este mismo sentido, la referida Corte, haciendo mención a la CDPD, abandona el esquema de proteccionismo y médico hacia las ayudas o apoyos a la población discapacitada, ordenando no solamente garantizar la inclusión de este conglomerado social, sino la “participación de personas con discapacidad en la elaboración de programas que los afecten o favorezcan” (Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2010).

Así mismo, en cuanto al deber estatal consagrado en el artículo 47, la Corte Constitucional le otorgó una doble connotación, en tanto que deberá abstenerse de establecer medidas que lesionen la igualdad de trato y garantizar la igualdad de oportunidades, para lo cual deberá “remover todos los obstáculos que en los ámbitos normativo, económico y social configuren efectivas desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de estas personas” (Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 2003 pag. 24).

Posición que la misma Alta Corporación reitera en 2012, estableciendo en cabeza del Estado “unos deberes de acción y otros de omisión respecto de los derechos de los que son titulares las personas con discapacidad de acuerdo a la Convención” (Corte Constitucional, Sentencia T-285 de 2012) y que se concretan en la vertiente positiva en la creación de programas que atiendan los derechos humanos de las personas con discapacidad y en la negativa de abstenerse de actos o prácticas incompatibles con la Convención.

Otra norma importante a nivel constitucional es el artículo 54, que establece para el Estado y los empleadores la obligación de garantizar a los “minusválidos” el derecho al trabajo de conformidad con las condiciones de salud.

En este sentido, se reconoce para algunas personas, incluyendo dentro de estas las personas con discapacidad, una protección reforzada en cuanto a la estabilidad en el empleo, imponiendo al Estado la obligación de desarrollar acciones diferenciales “con el fin de contrarrestar los efectos negativos generados por su condición, y hacer posible su participación en las actividades de la sociedad” (Corte Constitucional, Sentencia T-440 de 2017) y ordenando al empleador a reubicar al trabajador, de tal suerte que continúe ejerciendo labores acorde con su estado de salud, lo que no implica para el trabajador el tener que obtener un certificado de invalidez, por cuanto el derecho a la estabilidad laboral reforzada no se delimita a quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral, severa o profunda, pues la medida “tiene arraigo constitucional directo y aplica a quienes estén en condiciones de debilidad manifiesta, incluso si no cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral (...)” (Corte Constitucional, Sentencia SU-049 de 2017).

Esta protección del trabajador con discapacidad en el mundo laboral se incorpora a nivel legislativo en la Ley 361 de 1997, que en su artículo 26 estableció el imperativo de que las limitaciones físicas no sean obstáculo para la vinculación laboral y que el despido del trabajador se realice por autorización de la “oficina del trabajo”, haciendo referencia al respectivo Ministerio.

Por último, a nivel constitucional, el artículo 68 habla sobre la educación y la obligación que existe para el Estado de garantizar a las personas con limitaciones físicas mentales o capacidades excepcionales el acceso y permanencia en el sistema de educación.

Sobre este derecho, la jurisprudencia constitucional ha sido especialmente clara, imponiendo el deber de generar ajustes razonables y medidas de distinción positivas cuando resulten necesarias, puesto que “el trato favorable no constituye un privilegio arbitrario o una concesión caritativa. Es, por el contrario, un simple cumplimiento del deber constitucional” ((Corte Constitucional, sentencia T-823 de 1999. Párrafo 20 ratificado en sentencia T-553, 2011 (numeral 4.) Corte Constitucional, Sentencia T-553 de 2011); por ello, se impone al Estado la obligación de “realizar una intervención positiva con el fin de eliminar las barreras y que los menores de edad en condición de discapacidad puedan acceder a una educación de calidad” (Corte Constitucional, Sentencia T-480 de 2018).

De igual modo, este derecho se materializa en la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que impone a las entidades avaladas en educación el deber de “garantizar el personal docente para la atención educativa de la población con discapacidad, en el marco de la inclusión (...)” (art. 11), lo que ha llevado a que en varias ocasiones se ordene a las instituciones educativas y a las secretarías de educación realizar los ajustes necesarios, incluso contar con personas para acompañamiento permanente del menor incapaz.

De esta manera, los artículos mencionados se constituyen en el marco constitucional en materia de discapacidad; sin embargo, nótese que cada uno de ellos utiliza un lenguaje distintos pues el artículo 13 trata de personas que por sus condición física, mental o económica se encuentren bajo situaciones de debilidad manifiesta; el 47, por su parte, se refiere al disminuido físico, sensorial y síquico; el 54 menciona al “minusválido”, y por último, el 68 hace mención a personas con limitaciones mentales o físicas, lo que podría llevar a confusión; no obstante, la misma Corte ha reconocido la utilización de diversos términos, pero que deberán ser interpretados de conformidad con el principio y derecho de igualdad, lo que se traduce en el deber de prestar especial “protección de derechos de las personas con algún tipo de limitación o discapacidad, y por tanto, a la garantía en condiciones de igualdad de los derechos de todas las personas que padezcan cualquier tipo o grado de limitación o de discapacidad” (Corte Constitucional, Sentencia C-824 de 2011).



Estos esfuerzos de la Corte se pueden traducir a modo de pequeños ajustes o llamados de atención en lo que puede denominarse tiempos prematuros del actual régimen; sin embargo, hacen falta no solamente esfuerzos jurisprudenciales de modernización, sino claridad legal, puesto que el tener que buscar el reconocimiento de la persona con discapacidad en fallos judiciales, demuestra la falta de claridad de la norma y quizá la necesidad de ajustes constitucionales que lleven a visibilizar esta población.

No obstante lo anterior, es importante resaltar el esfuerzo que ha hecho la Corte Constitucional, en los fallos de la última década, decantándose aún más hacia el modelo establecido en la CDPD; incluso en diversas ocasiones reconoció de manera prematura que la discapacidad era una cuestión social, en la que el rol del Estado era eliminar las barreras u obstáculos para el ejercicio de los derechos, aceptando además que “la elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil” (Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 2003), que hasta el día de hoy se encuentra en permanente construcción y revisión.

Es por esto que se puede afirmar que gracias al trabajo jurisprudencial la legislación colombiana reconoce a la persona con discapacidad como un sujeto de especial protección, por lo que el Estado deberá propender por el goce efectivo de sus derechos, eliminando las barreras sociales, absteniéndose de tomar medidas que afecten la igualdad y creando los ajustes razonables cuando se requiera. Lo que permite una primera conclusión, en cuanto a que por lo menos desde la interpretación constitucional existe el fundamento legal para la adecuación de la legislación interna a los preceptos de la CDPD.

Por último, a nivel constitucional hay que resaltar lo atinente a la capacidad legal, que tiene su fundamento en el artículo 14, el cual consagra la personalidad jurídica como un derecho fundamental, que incluye dentro de sí el reconocimiento de sus atributos, siendo uno de ellos la capacidad, sobre la cual existen toda una línea jurisprudencial y doctrinal, que divide la capacidad en dos clases (de goce y de ejercicio): la primera es la garantía para gozar de los derechos y la segunda, la aptitud para ejercer los derechos y obligaciones.

Si bien al momento de reconocerse el derecho a la personalidad no existía en Colombia el modelo social, se puede observar, incluso antes de la Ley 1996, un avance, aunque no pleno y lento, hacia este nuevo modelo cuando en 2009 se promulga Ley 1306, que establece el régimen de guardas y reconoce que las personas con discapacidad mental son sujetos de derechos y obligaciones.

Dicho avance implicó fallos jurisprudenciales como la Sentencia C-042 de 2017, que hace una clara diferenciación entre la discapacidad orgánica y el goce de los derechos, donde aclara que

“la discapacidad no es igual a las diferencias orgánicas, funcionales o intelectuales del individuo, sino que tiene relación con las barreras al goce efectivo de los derechos”. Como se puede observar, la Corte Constitucional incorporó el concepto de las barreras, propias del modelo social; lo que significa la adecuación constitucional en materia de capacidad al modelo establecido en la CPDC.

Esta incorporación del modelo se hizo más fuerte con la CPDC y la Ley 1996; de hecho, en las sentencias C-022 y C-025 de 2021, la Sala Plena de la Corte Constitucional reconoció que las personas con discapacidad que no se encontraban cobijadas por la medida de interdicción ni inhabilitación tendrán su capacidad jurídica reconocida mediante la presunción legal del artículo 6 de la Ley 1996 de 2019.

## **LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Como un producto conjunto de la participación activa de actores como Estados miembros de la ONU, observadores, organizaciones y agencias internacionales, instituciones de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales, como asociaciones de personas con discapacidad y sus familias (Pérez, 2009, p. 7), el 13 de diciembre de 2006 se logró adoptar la CPDC tras la aprobación de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

Dicho instrumento internacional, cuyo propósito consiste en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (CPDC, art. 1), trae consigo un catálogo de 50 artículos consistentes en algunos principios, valores e imperativos, mediante los cuales se impactó de manera relevante en los distintos ordenamientos nacionales.

Al respecto, vale puntualizar dos aspectos notables: el primero de ellos es que en las Naciones Unidas nunca se había reunido un número tan destacado de signatarios en el día de su apertura a la firma, tratándose del “primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI y la primera convención de derechos humanos que se abre a la firma de las organizaciones regionales de integración”<sup>1</sup>. El segundo aspecto, que, a modo de comprensión conceptual, se considera como “personas con discapacidad” a aquellas que posean deficiencias mentales, sensoriales, intelectuales o físicas, a largo plazo, de conformidad con el artículo 2 de la normativa en mención, entendiendo que la discapacidad

---

<sup>1</sup> Al respecto se puede consultar la página oficial de las Naciones Unidas: <https://bit.ly/2WV4BLO>

es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (Literal E del preámbulo de la CDPD)

Ahora bien, sobre la implementación de la CDPD, la doctrina ha referido que esta ha implicado una especie de cambio de paradigma en el tratamiento de la figura de discapacidad, debatible en términos de derechos humanos, pues así como hay quienes afirman que la Convención “constituye el logro jurídico y político más importante a nivel internacional para la población con discapacidad, porque supera el enfoque de la salud, para abordar la discapacidad desde el enfoque de derechos” (Vallejo et al., 2016. pp. 5-6), también existen quienes aseguran que el instrumento internacional “no otorga ningún derecho que no estuviera ya previsto para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad” (López, 2020, p. 15) pues no reconoce a las personas con discapacidad derechos distintos a los ya proclamados por otros tratados o convenciones internacionales (Pérez, 2009, p. 8) que son de orden universal<sup>2</sup>. Incluso algunos consideran que este enfoque desconoce a quienes sufren niveles de discapacidad severos.

No obstante las críticas al convenio, lo cierto es que por lo menos en el derecho colombiano representó dar visibilidad a las personas con discapacidad y que el ordenamiento jurídico iniciara un proceso de adaptación, pasando, de alguna manera, de la excesiva protección y anulación de la voluntad al reconocimiento, ya que las personas con discapacidad, en cierto sentido, se habían tenido en cuenta pero desde el punto de vista nominal (Osorio, 2019, p. 89) y no material, pues “casi nunca ha ido acompañada de la adopción de las medidas necesarias para su coherente, adecuada y completa plasmación en la realidad” (Cuenca, 2010, pp. 223-224), ya que resulta difícil “hablar de igualdad ante la ley, cuando las personas no son iguales en la vida” (Seco, 2017, p. 68), de modo tal que la adopción de las directrices de la CDPD, además de representar un modelo ambicioso, resultó necesaria en el sentido de que busca mitigar la desigualdad social frente a un grupo que amerita el reconocimiento de su calidad como sujetos de derechos, con ocasión de las garantías que les han sido negadas cotidianamente a este colectivo (De Asís, 2013, p. 45).

Bajo la premisa de que “todas las personas son iguales ante la ley” (CDPD, art. 5, num. 1), el artículo 12 de la Convención busca materializar con efectos jurídicos esta garantía para las personas con discapacidad al establecer que “todas las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” (CDPD, art. 12, num. 1) y obligando a los países vinculados a reconocer “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (CDPD, art. 12 num.

---

<sup>2</sup> Pues, en términos generales, solo basta con ser humano para tener y gozar de los derechos, tal como lo discute Rosetti (2004, pp. 69-71).

2); se reconoció positivamente la igualdad plena de las personas con discapacidad, incidiendo en las instituciones al replantear la necesidad, tanto jurídica como social, de eliminar aquellas limitaciones para que este grupo en particular tome verdaderas decisiones autónomas frente a su vida, ya que se legitima el ejercicio de la capacidad jurídica como una regla general aplicable a todas las personas con y sin discapacidad (Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Asdown Colombia, Nodo Comunitario de Salud Mental y PAIS, 2020).

Como principal consecuencia se tiene que la capacidad jurídica aplica para todas las personas habilitadas por edad, debido a que les asiste la plena capacidad para obligarse sin excepción alguna; siendo un cambio trascendental por estar acompañado de una notable transformación, especialmente frente al régimen propio del derecho civil; ya que se derogaron aquellas regulaciones que de cualquier forma discriminan con base en la discapacidad, “lo que supone desterrar, definitivamente, cualquier fórmula de discriminación por razón de su discapacidad” (López, 2020, p. 20).

Y esto resulta trascendental, por cuanto la capacidad jurídica, catalogada como la facultad que tienen las personas de poder ser titulares de derechos, constituye “la puerta de acceso no sólo a la titularidad de los derechos sino también al ejercicio en igualdad de condiciones” (Barranco et al., 2012, p. 54), como lo es contraer obligaciones y poder ejercerlas. De hecho, esto último ya no sería una tendencia exclusiva del derecho privado respecto de sus aspectos formales, sino que entraría a tener un gran impacto bajo la lupa de los derechos humanos; convirtiendo a la capacidad jurídica en un tema común entre los sistemas jurídicos (Vallejo et al., 2016, p. 4) y no en un asunto de mero derecho interno.

Esta nueva visión de la capacidad dentro de la teoría de los derechos humanos se erige “como una muestra de la diversidad humana y considerando que esta pluralidad enriquece a la sociedad y debe ser protegida” (De Asís, 2004, p. 41).

La CDPD establece como piedra angular la capacidad de las personas con discapacidad en las mismas condiciones de los demás (Barranco et al., 2015, p.2) como respuesta a los retos que trae el dinamismo y el progreso humanista, pues ha combatido la exclusión de este grupo en particular y por tal razón, lo que se busca es que las distintas esferas sean las que se adapten a las necesidades para garantizar el ejercicio íntegro de la capacidad en condiciones de igualdad y sin efectos discriminatorios (Cuenca, 2010, pp. 236-237) promoviendo la inclusión, a partir de una nueva comprensión de la discapacidad, en aras de buscar una normalización de las estructuras o de los hábitos sociales cuando se trate de estas personas (De Asís, 2013, pp. 40-41).

Siguiendo esta línea del modelo social, el artículo 12 de la CDPD prevé en su numeral 4 la obligación estatal de asegurar las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica como apoyo a

las personas con discapacidad, con el objetivo de resguardar los intereses personales y patrimoniales de quien padece una discapacidad (López, 2020).

Esto se logra a través del sistema de apoyos, que busca la participación efectiva del sujeto de la relación jurídica, brindándole los mecanismos y medios idóneos para su plena intervención en la toma de decisiones como sujetos de derechos y obligaciones (Vallejo et al., 2016, pp. 7-8) bajo el tenor de la CDPD, pues el inciso 5 del artículo 12 apunta a la obligación de avalar el acceso de las personas con discapacidad a un catálogo de aspectos patrimoniales en los que “tradicionalmente han visto vulnerada su igualdad de oportunidades” (Cuenca, 2010, p. 224).

Todo este entendido desde la óptica de la individualidad, en la que la persona no va ser sustituida en su voluntad, sino que, por el contrario, se le presten los apoyos para tomar sus propias decisiones, sin utilizar como excusa la no conveniencia de las mismas en detrimento de la libertad individual.

El apoyo es un término amplio, que en palabras de la Corte Constitucional “hace referencia a la asistencia que necesitan las personas con discapacidad para tomar decisiones” (Sentencia C-025 de 2021), las cuales serán de diferente índole dependiendo de la necesidad del beneficiario del mismo, propiciando así el respeto de la autonomía y dignidad, dejando atrás figuras, como la interdicción, que restringían de manera directa la voluntad de personas con discapacidad (Lathrop, 2019); por el contrario, el apoyo ahora debe limitarse a lo requerido por la persona con discapacidad teniendo en cuenta sus necesidades (García, 2018, p. 34), bajo la filosofía de que, al igual que el resto de humanidad, estas personas pueden decidir acerca de sus propias vidas al hacer parte efectiva de la comunidad, como respuesta a un gran proceso evolutivo (Palacios, 2008, p. 463).

Así las cosas, es posible afirmar que con la Convención se consolidaron nuevos derechos que de manera explícita e implícita, a saber: el derecho a una capacidad jurídica en términos de igualdad, el derecho a la accesibilidad universal y el derecho a vivir de forma independiente sin ser excluido en la sociedad (De Asís, 2013, p. 45).

Finalmente, se debe mencionar que la CDPD fue aprobada en el Congreso de Colombia mediante la Ley 1346 del 31 de julio de 2009, la cual fue declarada constitucional mediante la Sentencia C-293 de 2010 de la Corte Constitucional y, finalmente, ratificada en 2011 por el Gobierno de la República.

## ANTECEDENTES E IMPLICACIONES DE LA LEY 1996 DE 2019 EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 1346 de 2009, el Congreso de la República expidió la Ley 1306 del 5 de junio 2009, por medio de la cual se dictaron normas para la protección de personas con discapacidad mental. Esta ley en su momento se consideró como un avance en favor de la protección de dicha población. Sin embargo, al establecer el régimen de la representación legal de incapaces emancipados mantuvo “el sistema de sustitución de voluntad de las personas con discapacidad, designando a una tercera persona para que tomara decisiones por ellas, conocida como tutor o curador” (Martínez, 2017, p. 180); resultando contrario a las disposiciones de la Convención y de la posterior Ley 1996, toda vez que mantenía la teoría del modelo rehabilitador al restringir la autonomía de personas que ostentaban una discapacidad mental, bajo un sistema de guardas en el ejercicio de negocios jurídicos (Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2021).

A pesar de ello, la Ley 1306 de 2009 es un muy importante antecedente en la protección y reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad, comoquiera que es la primera norma que reconoce a estas personas como sujetos de derechos y obligaciones.

Posteriormente, en 2013, mediante la Ley Estatutaria 1618<sup>3</sup>, se promulgaron algunas disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad; entre estas se ordenó al Ministerio de Justicia proponer e implementar ajustes y reformas al sistema de interdicción judicial de manera que se desarrollara un sistema que favoreciera el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo de las personas con discapacidad, conforme al artículo 12 de la CDPD (Ley 1618 de 2013, art. 22, num. 2).

En efecto, esta Ley fue promulgada con la finalidad de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad por medio de la adopción de “medidas de inclusión, acciones afirmativas, de ajustes razonables y de la eliminación de toda forma de discriminación por razón de discapacidad” (Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2021).

Sin embargo, estas medidas no derogaron la interdicción, puesto que solo hasta 2014 el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por medio de la Observación General Número 1 efectuó una interpretación minuciosa de las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad,

---

<sup>3</sup> Por medio de la Sentencia C-765 de 2012, la Corte Constitucional de Colombia efectuó la revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley de la Ley Estatutaria.

indicando que la interdicción resultaba una forma de discriminación, de modo tal que se debían suprimir estos para dar paso al sistema de apoyos (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014).

Respecto al Estado colombiano, dicho Comité, en el documento de “Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia” del 31 de agosto de 2016<sup>4</sup>, manifestó sus preocupaciones respecto de la falta de armonización de la legislación y la jurisprudencia en cuanto a que los regímenes que limitan la capacidad jurídica no se han armonizado con la Convención. Como consecuencia, el mencionado Comité recomendó al Estado que adoptara un plan para la revisión y modificación de toda la legislación, en el que se incluyera la derogación de normas que restrinjan el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, entre estas, la Ley 1306 de 2009, el Código Civil, y leyes adjetivas (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016).

En vista de tales antecedentes, el 26 de agosto de 2019 el Congreso de Colombia promulgó la Ley 1996 de 2019, en la que se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, que deroga parcialmente la Ley 1306 de 2009; de tal forma que se mantiene vigente dentro del ordenamiento el régimen de la representación legal de incapaces emancipados, que hace referencia a la representación de menores de edad, el régimen de guardas y la administración de bienes (ausente y herencia yacente).

Ahora bien, para poder entender las modificaciones que al ordenamiento jurídico colombiano incorpora la ley, es necesario mencionar que el Código Civil establece en su artículo 1503 la presunción de que toda persona es capaz, con excepción de aquellas que la ley disponga en contrario; lo que significaba la existencia de un grupo de personas que se encontraban en situación de discapacidad, para quienes existía la interdicción judicial, que era un proceso a través del cual una persona con discapacidad perdía o veía limitada su capacidad legal, restringiendo la posibilidad de tomar decisiones sobre sus bienes o vida común tras declararse su interdicción o inhabilidad; figura eliminada del ordenamiento tras la entrada en vigencia de la Ley 1996 de 2019 (art. 53).

Por ello, tras la promulgación de la ley, “no se podrán iniciar procesos judiciales para decretarla, y tampoco se podrá solicitar que una persona se encuentre bajo medida de interdicción para adelantar trámites públicos o privados” (Ministerio de Justicia de Colombia, 2019). Del mismo modo, en los términos de la Ley 1996, el tema de la capacidad debe interpretarse conforme a la CDPD y el resto de convenios, pactos y convenciones internacionales acerca de los derechos

---

<sup>4</sup> Al respecto se puede consultar: <https://bit.ly/3EDin6A>

humanos aprobados por Colombia, que integren el bloque de constitucionalidad y la Constitución nacional.

Los principios generales que sirven como criterios orientadores o de delimitación axiológica (Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992) para la aplicación de la ley son siete, a saber: dignidad; autonomía; primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico; no discriminación; accesibilidad; igualdad de oportunidades y celeridad (art. 4, Ley 1996 de 2019).

El principio de dignidad precisa que en todas las actuaciones que cobije esta norma se observará el respeto por la dignidad, que es inherente e indisoluble, a la persona con discapacidad como ser humano; en cuanto a la autonomía, se debe respetar la autodeterminación acerca de la toma de decisiones de manera independiente, salvaguardando el libre desarrollo a la personalidad, acorde con los deseos y preferencias propias; sobre la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, se hace mención a que los apoyos deben respetar tales aspectos para celebrar actos jurídicos, en los que de ser necesario, se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad<sup>5</sup>; el principio de no discriminación, refiere al trato igualitario sin discriminación; la accesibilidad, hace referencia a que se deben eliminar aquellas barreras u obstáculos que ocasionen desigualdades que restrinjan el goce integral de los derechos de las personas con discapacidad y finalmente, la celeridad refiere a que las personas que soliciten apoyos formales para la toma de decisiones tienen derecho a acceder a estos sin dilaciones injustificadas, mediante trámites de duración razonable, en los que se observarán los términos procesales con diligencia.

En reglas generales, esta ley en materia de capacidad trajo al ordenamiento jurídico 5 grandes cambios, por cuanto:

(i) elimina del ordenamiento civil la incapacidad legal absoluta por discapacidad mental, dejando solo a los impúberes como sujetos incapaces absolutos; (ii) deroga el régimen de guardas e interdicción para las personas en condiciones de discapacidad mental, cognitiva o intelectual; (iii) presume la capacidad de goce y ejercicio para todas las personas con discapacidad; (iv) establece dos mecanismos que facilitan a las personas con discapacidad manifestar su voluntad y preferencias en el momento de tomar decisión con efectos jurídicos: (a) acuerdos de apoyos y (b) adjudicación

---

<sup>5</sup> El cual se establecerá con base en la trayectoria de vida de la persona, previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto, según el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 1996 de 2019.



judicial de apoyos; y (v) regula las directivas anticipadas. (Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2021)

## **La presunción de capacidad de las personas con discapacidad mayores de edad y sus efectos jurídicos**

La capacidad, al tenor del artículo 1502 del Código Civil, es una facultad esencial que se convierte en requisito para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad, es preciso que sea capaz legalmente, bajo el entendido de que “la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma sin el ministerio o autorización de otra” (Ley 84 de 1873, art. 1502, inciso final).

En este sentido, el Código Civil reconocía una presunción legal de capacidad de todas las personas, excepto a quienes la ley declara incapaces, en virtud de lo cual se establecían dos clases de incapaces: absolutos y relativos, de los cuales sus actos generaban, respectivamente, nulidad absoluta y nulidad relativa.

Esta posición del Código Civil colombiano que dividía a los incapaces en absolutos y relativos incluía dentro de estos a las personas mayores de edad con alguna discapacidad; de allí que se hablara de disipadores, personas con afectaciones mentales y sordomudos que no se podían dar a entender por ningún medio, a quienes no se les reconocía capacidad alguna.

Con la armonización de la norma interna a la CDPD, el artículo 6 de la Ley 1996 de 2019 estableció una nueva presunción legal en cuanto a la capacidad de todas las personas mayores de edad con discapacidad, “en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos” (Ley 1996 de 2019, art. 6), lo que significó el reconocimiento a las personas mayores con discapacidad como sujetos de derecho y obligaciones, y con capacidad legal sin condición alguna, de tal forma que se encuentran facultados para celebrar actos y negocios jurídicos lícitos, en los términos establecidos en dicha norma.

Esto supuso que la posible nulidad absoluta o relativa en el marco de los negocios jurídicos celebrados con una persona con discapacidad ya no resultan procedentes, sino que serán presuntamente válidos gracias a lo consagrado en la Ley 1996 de 2019, según la cual gozarán de validez dichos actos; de hecho, la normativa establece que “en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona” (Ley 1996 de 2019, art. 6, inciso 2). Sin embargo, cuando han sido formalizados los apoyos y la persona beneficiaria realiza los actos jurídicos sin tales apoyos, se produce nulidad relativa.

Además de ello, para no afectar a quienes en algún momento fueron declarados incapaces, se precisa que ahora las personas declaradas interdictas o inhabilitadas por sentencia judicial van a poder recobrar su reconocimiento a la capacidad jurídica plena cuando se revise su situación jurídica, luego del 26 de agosto de 2021, término dado por la misma norma (Ley 1996 de 2019, art. 56).

Frente a esto, no sobra decir que aún se encuentra en proceso tanto la revisión de estos asuntos adelantados ante la jurisdicción como la reglamentación que se aplicará en materia judicial con ocasión del régimen de la Ley 1996 de 2019, lo cual termina siendo un gran reto y, a la vez, un gran obstáculo para los despachos judiciales, pues resulta incierto el panorama cuando no se han regulado por completo las medidas procesales para satisfacer las necesidades de la población.

### **Los apoyos que trata la Ley 1996 de 2019**

En el marco de aplicación de la Ley 1996 de 2019, el ejercicio de la capacidad legal como derecho de las personas con discapacidad se puede materializar en la realización de actos jurídicos; en los que adicional a ello, ahora se presume la independencia de esta ejecución, bajo el tenor del artículo 8<sup>6</sup>.

No obstante lo anterior, en vista de lo mencionado acerca de los mecanismos para garantizar el pleno ejercicio de la capacidad de estas personas, la norma también prevé la figura de los apoyos.

El artículo 3 de la normativa en mención define que los apoyos hacen referencia a la asistencia que se presta a la persona con discapacidad para proporcionar el ejercicio de su capacidad legal, lo que puede contener: “la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales” (Ley 1996 de 2019, art. 3, num. 4).

Del mismo modo, este artículo conceptúa acerca de los apoyos formalizados, que son aquellos que se establecen por medio de los mecanismos que trae la Ley 1996 de 2019 (art. 3, num. 5).

Comprendiendo esta figura, se puede decir que los apoyos propiamente dichos están asociados en principio a la comunicación, a la manera de hacerse entender, sin embargo, no todos los apoyos se deben formalizar (Diez, 2021); por ejemplo, una persona con discapacidad visual que

---

<sup>6</sup> La norma citada también estima que “la necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente”.

utiliza el sistema o lenguaje braille, y dependiendo del caso, puede solicitar a una persona de apoyo para que lo pueda asistir cuando así lo requiera, que ya es algo distinto.

Particularmente, este apoyo formalizado puede ser una persona natural mayor de edad o una persona jurídica (Ley 1996 de 2019, art. 44, num. 1); de igual forma, pueden ser una o varias personas y para asumir tal cargo deben cumplirse los mecanismos para establecerse.

Los mecanismos para el establecimiento de los apoyos ocurren de dos formas: (i) a través de la celebración de un acuerdo de apoyos y (ii) a través de un proceso judicial denominado adjudicación judicial de apoyos (Ley 1996 de 2019, art. 9).

El primero de ellos se lleva a cabo entre la persona titular del acto jurídico y las personas naturales mayores de edad o personas jurídicas que servirán de apoyo en la celebración del mismo, siendo un trámite que puede ser llevado a cabo ante las notarías (Ley 1996 de 2019, art. 16) y a los centros de conciliación (Ley 1996 de 2019, art. 17); respecto al segundo, para la designación de apoyos se hará por vía de un proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario, conforme al caso en concreto, en el que se solicita a un juez la designación de apoyos (Ley 1996 de 2019, art. 9, num. 2).

Sobre los acuerdos de apoyo ante notarías y/o centros de conciliación, se puede decir que esta diligencia se encuentra reglamentada en el Decreto 1429 de 2020, que regula las obligaciones de estas instituciones, de sus funcionarios, del trámite de formalización y de su respectiva terminación. De igual forma, se destaca que la duración de los acuerdos de apoyos está limitada en el tiempo por un término máximo de 5 años; pasados estos, se deberá agotar nuevamente este mecanismo o el procedimiento judicial, según el caso (Ley 1996 de 2019, art. 18).

Respecto de la adjudicación de apoyos por vía judicial, la Ley 1996 de 2019 modificó la norma procesal general colombiana o Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) en algunos aspectos; los más relevantes tienen que ver con la modificación del numeral 7 del artículo 22 de dicho Código, respecto a la competencia de los jueces de familia<sup>7</sup>, incluyendo los procesos de “adjudicación, modificación y terminación de apoyos adjudicados judicialmente”; así mismo, modificó el artículo 577 de dicha norma procesal, sujetando dicho proceso por vía de jurisdicción voluntaria.

---

<sup>7</sup> En primera instancia.

De la misma forma, el proceso por jurisdicción voluntaria deberá ser llevado a cabo por la persona que requiere el apoyo<sup>8</sup>, con la pretensión de que el juez de familia se lo adjudique por medio de una sentencia. Tal demanda debe ser dirigida en contra de las personas que bajo consideración del accionante deben servir como apoyos; si no se cuenta con una persona de confianza para tal fin, la norma prevé en su artículo 14 que “el juez de familia designará un defensor personal, de la Defensoría del Pueblo, que preste los apoyos requeridos para la realización de los actos jurídicos que designe el titular”.

Este último aspecto ha sido cuestionado en el sentido de que resultaría más práctico por medio de un trámite administrativo, en el que la Defensoría del Pueblo adjudique el apoyo, y de manera subsidiaria, si esto no fuere posible, se acude a la vía judicial ante el juez de familia como una especie de segunda instancia (Hernández, 2020, p. 71), lo que realmente dinamizaría la aplicación de la medida de protección, por cuanto los procesos judiciales siempre resultan más complejos y demorados.

Por otra parte, en cuanto al proceso verbal sumario, este será motivado por un tercero que no es el titular del acto jurídico, pretendiendo que se le adjudique a la persona con discapacidad un apoyo (Ley 1996 de 2019, art. 38).

En tal demanda se debe demostrar: (i) que la persona titular del acto jurídico se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio y (ii) que esto conlleve a la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero.

Frente a esta modificación en particular, vale mencionar que, en principio, el proceso verbal sumario es de única instancia, pero, como se hizo mención anteriormente, el artículo 22 de la Ley 1996 de 2019 modificó la competencia de los jueces de familia de primera instancia; lo que resulta contradictorio procesalmente hablando, como si se tratara de una falencia de la norma en atención al párrafo 1° del artículo 390 del Código General del Proceso.

Este dilema jurídico fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 12 de diciembre de 2019, con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, se interpretó que se debía seguir el criterio de especialidad de la norma, en el sentido de que el proceso que trata el artículo 38 de la Ley 1996 de 2019, pese a llevarse a cabo a través del proceso verbal sumario, se podrá surtir en dos instancias, bajo los siguientes términos:

---

<sup>8</sup> Estando legitimado en la causa por activa.

... a la adjudicación judicial de apoyos promovida por persona distinta al titular del acto jurídico, no le es aplicable la restricción del párrafo primero del artículo 390 del Código General del Proceso, según el cual «los procesos verbales sumarios serán de única instancia»; en virtud del criterio de especialidad que rige en materia de hermenéutica jurídica, que contempla que la norma especial prima sobre la general. (*lex specialis derogat generali*)

Así las cosas, por regla general, el proceso verbal sumario es de única instancia, y como excepción a esta regla se tienen los procesos de “adjudicación de apoyos para la toma de decisiones promovida por persona distinta al titular del acto jurídico”, los cuales podrán tener dos instancias.

Entendido lo anterior y llevados a cabo tales procedimientos, los apoyos asignados tendrán la condición de ser formales, de modo tal que deben cumplir con facilitar y garantizar “el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de una voluntad expresada de manera anticipada, por parte del titular del acto jurídico determinado” (Ley 1996 de 2019, art. 3, num. 4).

En lo que respecta a la duración de los apoyos, estos dependerán del mecanismo empleado para la adjudicación de los mismos; si se estableció por acuerdo de apoyos, este se termina por el cumplimiento del término previsto en el acuerdo, el cual, por disposición del artículo 18 de la Ley 1996 de 2019, no podrá exceder un término de 5 años. De igual forma, la persona titular del acto puede terminarlo unilateralmente, en virtud de escritura pública o ante los conciliadores extrajudiciales en derecho, dependiendo del modo en que se haya formalizado el acuerdo (Ley 1996 de 2019, art. 20); finalmente, podrá darse por terminado por muerte del titular del acto (art. 20, par. 1) o de la persona natural de apoyo o a su modificación cuando hubiese más de una persona de apoyo (Ley 1996, 2019, art. 20, par. 2).

Respecto del proceso judicial, este puede modificarse o terminarse por parte del titular del acto jurídico; de la persona designada como apoyo, con justa causa; de persona distinta que haya suscitado el proceso de adjudicación judicial y que pruebe el interés legítimo o por el mismo juez, de oficio (Ley 1996 de 2019, art. 42).

Para concluir, es importante resaltar que la adjudicación de los apoyos por vía judicial responde a dos situaciones: (i) cuando el titular está en plena capacidad para ejercerlo por sí mismo y (ii) cuando el mismo se encuentre imposibilitado, de tal suerte que en este último caso excepcional cuando se trate de personas, por ejemplo, con distintas patologías o enfermedades que imposibilite conocer, de alguna u otra forma, la voluntad de la persona con discapacidad, pueda un tercero solicitar la medida.

Esta última circunstancia se presentaría en las personas con discapacidad severa, a propósito de las cuales se pronunció la Corte Constitucional en su Sentencia C-025 de 2021, aclarando que la Ley 1996 previó este tipo de situaciones al establecer dos mecanismos de apoyo, pues como respuesta a esta problemática, el medio más idóneo sería la vía judicial cuando se solicita la adjudicación de apoyo por medio de un tercero, debido a la intensidad y rigurosidad que rodea al proceso judicial, con ocasión de la valoración que se efectúa en el marco de este proceso por parte del operador judicial competente, en la que se considerará “la relación de confianza, amistad, parentesco o convivencia entre estos y la persona titular” (Ley 1996 de 2019, art. 54).

Lo anterior no significa revivir la interdicción, pues el llamado que hace la Alta Corporación es a hacer una comprensión armónica e integral de la norma cuando resulte necesario, pues por ejemplo, tras la asignación de la persona de apoyo, para la toma de decisiones no se deben desconocer los principios orientadores (Ley 1996 de 2019, art. 4), en especial a la mejor interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad, en la que se deberá recurrir a sus deseos y preferencias, a sus antecedentes de vida, o a su manifestación de confianza a determinadas personas, “lo que podrá llevar en la práctica a otorgar un consentimiento por representación para determinados actos jurídicos” (Martínez, 2017, p. 170), obviamente, bajo los estándares convencionales y legales para tal ejercicio, pero se insiste, esto debe ser la última ratio (Bariffi, 2014).

La materialización de los apoyos de las personas con altos grados de discapacidad resulta quizá uno de los temas que más genera preocupación e, incluso, rechazo frente a lo establecido en la Ley 1996; sin embargo, si existe una buena apropiación de la norma y la persona que presta su apoyo realiza la “mejor interpretación de la voluntad” recurriendo a la historia de vida de la persona, sus gustos, preferencias, etc., podrá aún representarlo sin sustituir su voluntad, permitiendo el ejercicio del derecho de la persona en situación de discapacidad.

A pesar de lo anterior, y de las precisiones de la Corte, queda la duda sobre la situación de las personas que han nacido con un grado de discapacidad profunda, quien no tienen una historia de vida para indagar, o no exista certeza sobre sus gustos y preferencias, por lo que el apoyo no tendrá criterios para interpretar la voluntad.

Puntualizando esto último, debe quedar claro que la persona de apoyo, como su nombre lo indica, solo es un apoyo para la toma de decisiones y no será responsable por los daños que sufra el titular del acto jurídico, ya sean en aspectos personales o patrimoniales, siempre y cuando el apoyo formal haya actuado de acuerdo con la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad (Ley 1996 de 2019, art. 50).

Así pues, tal como el espíritu de la norma lo indica, la participación de la persona de apoyo se encuentra limitada en la medida en que el titular del acto jurídico lo permita, pues en virtud de su preferencia, en eventos en que los conceptos personales de ambos se contradigan, predominará el de la persona con discapacidad. En este sentido, la persona de apoyo, bajo el principio de diligencia, podría pensarse que dejará constancia de ello para así evitar controversias en el marco de su labor, cuando la esfera de la persona con discapacidad se vea afectada.

## De las directivas anticipadas

Además de los mecanismos ya mencionados, la Ley 1996 de 2019 establece las directivas anticipadas, que, aunque no se constituyen en un tercer mecanismo, sí sirven para facilitar la toma de decisiones. En los términos del artículo 21 de la ley, las directivas anticipadas “son una herramienta por medio de la cual una persona, mayor de edad puede establecer la expresión fidedigna de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a los mismos” (Ley 1996 de 2019, art. 21).

En otras palabras, es una figura jurídica en virtud de la cual una persona manifiesta su voluntad en cuanto a decisiones concernientes a uno o más actos jurídicos (Hernández, 2020, p. 76), comprendiendo no solo los que tiene que ver con el patrimonio o aspectos financieros del titular del acto, sino con temas de salud o personales (Ley 1996 de 2019, art. 21).

Como requisito formal, esta directiva anticipada debe suscribirse por medio de escritura pública ante un notario o mediante acta de conciliación ante conciliadores extrajudiciales en derecho (Ley 1996 de 2019, art. 22), bajo el trámite previsto para los acuerdos de apoyo<sup>9</sup>, cumpliendo con las exigencias determinadas en el artículo 23 de la Ley 1996 de 2019<sup>10</sup>.

Por disposición normativa, aquellas personas distintas al titular del acto que radiquen en la directiva y que adquieran obligaciones de hacer en observancia de la voluntad y preferencias, se entenderán como personas de apoyo y estarán sujetas a las reglas de responsabilidad señaladas en la misma norma, siempre y cuando suscriban la directiva (Ley 1996 de 2019, art. 25).

---

<sup>9</sup> Contenido en los artículos 16 y 17 de la Ley 1996 de 2019.

<sup>10</sup> (i) Ciudad y fecha de expedición; (ii) Identificación de la persona titular del acto jurídico que realiza la directiva y, en caso de estar realizándola con personas de apoyo, la identificación de las mismas; (iii) en caso de que haya personas de apoyo colaborando con la creación del documento, se deberá dejar constancia de haber discutido con el titular del acto jurídico las consecuencias o implicaciones de los actos incluidos en las directivas para su vida; (iv) la manifestación de voluntad de la persona titular del acto jurídico en la que señale cuáles las decisiones anticipadas que busca formalizar; (v) la firma de la persona titular del acto jurídico y (vi) la firma de la persona de apoyo o personas de apoyo designadas en la directiva anticipada.

Algunas particularidades principales de esta herramienta, es que “las decisiones expresadas con anterioridad al acto jurídico por medio de una directiva anticipada son de obligatorio cumplimiento para las personas de apoyo designadas a través de la directiva anticipada” (Ley 1996 de 2019, art. 26) y, así mismo, si la directiva anticipada contiene obligaciones de no hacer, estas serán de obligatorio acatamiento para terceros, siempre y cuando no sean contrarias a la ley, o versen sobre procedimientos médicos (Ley 1996 de 2019, art. 26, inciso final).

Particularmente, de alguna u otra forma, no es una figura completamente nueva, pues de acuerdo con la Ley 1733 de 2014 se estableció el documento de voluntad anticipada, por medio del cual una persona capaz podría indicar decisiones en el caso de estar atravesando una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de no someterse a tratamientos médicos que eviten prolongar una vida digna en el paciente y, en el caso de muerte, su disposición o no de donar órganos (Ley 1733 de 2014, art. 5).

Aun así, bajo el espíritu de la Ley 1996, las directivas van a tener especial uso en las decisiones de salud, pues una persona puede con suficiente antelación establecer quién tomará sus decisiones de salud, cuando, por ejemplo, se deba decidir sobre la autorización o no de una intervención quirúrgica, dejando a otra persona el encargo de ejecutar la decisión tomada en la directiva anticipada; así como también se podrá expresar el deseo del titular frente a aspectos personales y económicos, tales como el encargo de bienes muebles, entre otros, como forma de extensión de su alcance, el cual es propio de esta figura.

Por su parte, la ley también contiene una cláusula denominada cláusula de voluntad perenne, que es una figura que podrá ser incorporada en la directiva anticipada, con el objeto de invalidar de manera anticipada las declaraciones de voluntad y deseos que se expresen luego de la suscripción de la directiva anticipada, siempre que refuten las decisiones establecidas en esta; es decir, si bien prevalece la voluntad posterior de la persona titular del acto<sup>11</sup>, una excepción a esta regla es lo contenido a modo de cláusula de voluntad perenne (Ley 1996 de 2019, art. 28).

En tal sentido, a pesar de que la ley no prevé una consecuencia a la contradicción de la cláusula de voluntad perenne, según el artículo 28 de la Ley 1996 de 2019, se concibe que tal contradicción implica una nulidad sobre el acto que la contradice, la cual, por tratarse de un interés particular, dicha nulidad será relativa (Hernández, 2020, p. 77); bajo la salvedad de que esta cláusula sólo podrá ser obviada en cuanto a decisiones de salud (Ley 1996 de 2019, art. 28, inciso final).

---

<sup>11</sup> Ley 1996 de 2019, art. 27: “En todo caso, la suscripción de una directiva anticipada no invalida la voluntad y preferencias expresadas por la persona titular del acto con posterioridad a la suscripción de la misma (...)”.



Puntualizando lo anterior, vale indicarse que la directiva anticipada puede incorporarse en la historia clínica del titular del acto jurídico si así lo quiere, “con el fin de garantizar el respeto de las decisiones establecidas en la misma, siempre que las decisiones allí contenidas tengan relación con la atención en salud que decide o no recibir” (Ley 1996 de 2019, art. 30).

Esta figura jurídica, en vista de que permite suscribir directrices pensadas para su futuro, pudo ser pensada para personas con discapacidad con enfermedades degenerativas como el alzhéimer, convirtiéndose ahora en una herramienta de protección sobre la voluntad de personas que sufran este tipo de enfermedades que con el tiempo se agravan y les impida manifestar su determinación en el futuro.

Finalmente, la directiva anticipada puede ser modificada<sup>12</sup>, sustituida<sup>13</sup> o revocada<sup>14</sup> en cualquier momento por quien la suscribió, a través del mismo trámite surtido para su creación, indicando claramente la respectiva voluntad sobre la directiva anticipada, según fuere el caso.

## De los ajustes razonables

A modo de precisión conceptual, debe entenderse por ajustes razonables al conjunto de modificaciones y adaptaciones para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, sin que se trate de imposiciones que representen una carga desproporcionada o indebida, según el caso (Ley 1996 de 2019, art. 3, num. 6).

Estos operan en el marco de la designación de apoyo u otorgamiento de directivas anticipadas ante notarios(as) y/o conciliadores(as) extrajudiciales en derecho (Ley 1996 de 2019, art. 16 y 17), y deben estar pendientes de los requerimientos de la persona con discapacidad en términos de comunicación sobre información relevante, así como también para satisfacer otras necesidades que la persona requiera para permitir su accesibilidad, como por ejemplo, la adecuación de las instalaciones físicas de notarías y centros de conciliación o la disposición de personal calificado para interactuar con la persona con discapacidad (García, 2020).

---

<sup>12</sup> Ley 1996 de 2019, art. 31, num. 1: “Se entenderá modificado cuando se cambie de manera parcial el contenido de la directiva”.

<sup>13</sup> Ley 1996 de 2019, art. 31, num. 2: “Se entenderá sustituido cuando se le prive de efectos al contenido original, otorgando efectos jurídicos a uno nuevo en su lugar”.

<sup>14</sup> Ley 1996 de 2019, art. 31, num. 3: “Se entenderá modificado cuando se cambie de manera parcial el contenido de la directiva”.

## De las salvaguardias

De conformidad con la Ley 1996 de 2019, las salvaguardas son:

(...) todas aquellas medidas adecuadas y efectivas relativas al ejercicio de la capacidad legal, usadas para impedir abusos y garantizar la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

En otras palabras, se tratan de medidas que sirven de control a la actuación de las personas designadas como apoyos, de tal manera que se observe que el ejercicio de sus funciones se encuentre ajustado a lo encomendado, con el fin de evitar que no haya una influencia indebida respecto de la toma de decisiones de la persona con discapacidad (García, 2020).

En resumen, con la Ley 1996 de 2019 se introdujeron en el sistema jurídico novedosas figuras en cuanto al ejercicio de la capacidad de las personas en condición de discapacidad. Como consecuencia de esto, se puede afirmar que uno de los principales cambios de la normativa tuvo lugar con la aplicación de los requisitos de validez de los actos jurídicos y los presupuestos del Código Civil colombiano, pues además de la presunción del Código Civil, gracias a la norma, toda persona mayor de edad con discapacidad se presume capaz.

Además, la referida Ley 1996 de 2019, en virtud de su artículo 57, modificó la incapacidad absoluta y relativa, en el sentido de que solo hay dos fuentes de incapacidad; la primera de ellas tiene que ver con la minoría de edad<sup>15</sup> y la segunda con la edad y las incapacidades particulares, “que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”<sup>16</sup>, suprimiendo así la calificación de incapaces absolutos y relativos, previstos en la norma civil, para las personas mayores de edad con discapacidad.

No obstante lo anterior, se reitera que pese a que toda persona mayor de edad se encuentra facultada con capacidad plena para poder realizar actos jurídicos, por disposición normativa, las personas que hayan establecido formalmente sus apoyos —independiente del mecanismo empleado— deben utilizarlos para la celebración de actos jurídicos so pena de nulidad relativa (Hernández, 2020, p. 79), según lo establecido en los artículos 19 y 39 de la Ley 1996; por ende,

---

<sup>15</sup> Ley 1996 de 2019, art. 57, por medio del cual se modifica el artículo 1504 del Código Civil: “Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes (...)”.

<sup>16</sup> Ley 1996 de 2019, art. 57, por medio del cual se modifica el artículo 1504 del Código Civil.

el uso de apoyos formales vigentes al momento de la celebración se convierte en un requisito de validez del mismo.

Respecto a lo procesal, en la actualidad, ya no se pueden iniciar nuevos procesos de interdicción (Ley 1996 de 2019, art. 53). En el mismo sentido, en los procesos de interdicción o inhabilitación concluidos con sentencia en firme, los jueces de familia, de oficio deben revisarlas si se requiere la adjudicación judicial de apoyos (Ley 1996 de 2019, art. 56). También es menester indicar que con el proceso judicial de adjudicación de apoyos promovida por persona distinta al titular del acto jurídico se generó una excepción a los procesos verbales sumarios, en el sentido de que solo en estos casos se puede tratar una doble instancia bajo su naturaleza.

Del mismo modo, hay que hacer la salvedad de que los apoyos, de ninguna manera, pueden convertirse en una interdicción o inhabilitación en sus efectos, pues bajo la filosofía de la norma, no es de recibo que se puedan otorgar apoyos que en la práctica sustituyan la voluntad y autonomía de la persona titular del acto jurídico; pues si se interpreta integralmente la norma bajo sus principios, el trámite judicial, notarial o en centro de conciliación se realiza con el fin de que en la respectiva providencia, escritura o acta, se permita plenamente el ejercicio de su capacidad jurídica de forma autónoma (Cicery e Isaza, 2021); de allí la importancia de que el funcionario que adjudica la medida, así como la persona que sirve de apoyo, estén lo suficientemente conscientes del papel que les corresponde como facilitadores del ejercicio del derecho y no se conviertan en un nuevo obstáculo al ejercicio de los mismo, solo que con una etiqueta jurídica diferente.

## CONCLUSIONES

Tras abordar la discapacidad en los términos constitucionales, se determinó que la Constitución Política colombiana, aunque no en todos los casos mencione expresamente a las personas con discapacidad, ofrece una serie de garantías como la igualdad y los deberes estatales respecto de sujetos de especial protección que resultan aplicables a este grupo poblacional. No obstante, en el país ha sido imperioso y más que necesario adoptar un discurso incluyente en cuanto a este grupo social, el cual ha sido propiciado en mayor medida por la Corte Constitucional en sus distintos fallos cuando ha hecho mención de la CDPD, pues la Alta Corporación, además de reiterar el contenido obligacional en cabeza del Estado, respecto al cumplimiento efectivo del derecho a la igualdad, también ha hecho una interpretación armónica del sistema normativo, mediante la cual hace un llamado a remover aquellos obstáculos para el pleno goce de las libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

Así mismo, de conformidad con el artículo 12 de la CDPD, se evidenció que la disposición normativa, además de establecer que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento

de su personalidad jurídica, ordenó a los Estados parte a reconocer la capacidad jurídica de todas las personas, independiente de la discapacidad que puedan padecer. Del mismo modo, solicitó que se adoptaran internamente todas aquellas medidas de apoyo que resulten oportunas para propiciar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica de estas personas, mediante las cuales se salvaguarden su voluntad, autonomía y dignidad, de conformidad con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, bajo un nuevo modelo social.

Se pudo apreciar que la Ley 1996 de 2019 busca materializar y armonizar los postulados internacionales en cuanto al pleno ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad, permeando distintas esferas del derecho, en especial la civil, ya que en virtud de la presunción de capacidad, la formalización de los apoyos y las directivas anticipadas se representa el esfuerzo y la evolución normativa para dotar de validez a los actos jurídicos realizados por estas personas como sujetos de derecho, dejando a un lado figuras jurídicas tradicionales como la interdicción para dar paso a un nuevo régimen con el fin de proteger sus intereses personales y legítimos.

Finalmente, resta decir que si bien la Ley 1996 de 2019 incorpora al ordenamiento jurídico colombiano el modelo social de la discapacidad, el mayor reto que afronta el país es de educación social y capacitación de los funcionarios y particulares con funciones públicas, así como también los profesionales del derecho y los que se encuentran en formación, de tal suerte que lo establecido en la norma no se convierta en una barrera más para el ejercicio de los derechos de las personas mayores con discapacidad.

## REFERENCIAS

Asdown Colombia (2019). *ABC de la Ley 1996 de 2019*.

Barranco, M., Cuenca, P., Ramiro A. M. 2012. Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad. *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V* (2012) 53-80 ISSN 1888-3214.

Bariffi, F. J. (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* [Tesis, Universidad Carlos III de Madrid]. <https://bit.ly/2YhaO4C>

Buitrago Escobar, A. M., Restrepo Giraldo, Y. y Silva De Roa, A. L. (2015). La discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Republicana*, 18, 135-158. <https://bit.ly/396pHJ6>

Cicery, L. C. e Isaza, F. (2021). Ley 1996 de 2019 algunos apuntes sobre la aplicación del artículo 54, PAIS, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. <https://bit.ly/3J4byhg>.

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [CDPD]. (2014). Observación general Número 1 Observación sobre el derecho de las personas con discapacidad a ser iguales ante la ley. (CRPD/C/GC/1). <https://bit.ly/2VvrXAt>
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [CDPD]. (2016). Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia. (CRPD/C/COL/ CO/1). <https://bit.ly/3EDin6A>
- Cuenca Gómez, P. (2010). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español. *Derecho y libertades*, 2(24), 221-257. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16150/DyL-2011-24-cuenca.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- De Asís Roig, R. F. (2004). La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos. En I. Campoy Cervera, *Los derechos de las personas con discapacidad, perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (pp. 59-74). doi: 10.1400/216162. <http://bitly.ws/h3zb>
- De Asís Roig, R. F. (2013). Discapacidad y constitución. *Derechos y libertades*, 2(29) 39-51. <https://bit.ly/3zZdVML>
- De Lorenzo García, R., Entrena Palomero, B., Castro-Girona Martínez, A., Cabra de Luna, M. Á., Soto Ruiz, J. J., Bariffi Artigue, F. J. y López Sosa, L. (2009). *Capacidad Jurídica y Discapacidad*. Un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Tomo I. Derecho común. Proyecto a cargo de FUTUEX (Fundación Tutelar de Extremadura), Fundación Aequitas y Fundación Academia Europea de Yuste, en el marco del Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos. España: Observatorio Estatal de la Discapacidad. <https://bit.ly/3FgkLQQ>
- Díez Vargas, C. (2021). [Ministerio de Justicia y del Derecho]. *Ley 1996 de 2019: El derecho a decidir de las personas con discapacidad en Colombia*. [Archivo video]. <https://bit.ly/3YChGD7>
- Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Asdown Colombia, Nodo Comunitario de Salud Mental & PAIS. (2020). *El ejercicio de la capacidad jurídica: Guía práctica para su aplicación*. Con el apoyo de Open Society Foundations. [https://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap\\_Juridica.pdf](https://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap_Juridica.pdf)
- García Ramírez, J. (2020). Del régimen de incapacidad al régimen especial de capacidad de las personas en condición de discapacidad. A propósito de la ley 1996 de 2019. En D. A. Agudelo Mejía, L. D. Pabón Jiraldo, L. O. Toro Garzón y M. M. Bustamante Rúa, *Nuevas dinámicas del Derecho Procesal* (pp. 387-418). Universidad de Medellín.
- García Rubio, M. P. (2018). Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. *Revista de Derecho Civil*, 5(3), 29-60. <https://bit.ly/3neVvE1>
- Hernández Ramos, S. E. (2020). Capacidad en situación de discapacidad: análisis de la ley 1996 de 2019. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4(1), 60-82. <https://bit.ly/2X9uyao>

- Lathrop Gómez, F. (2019). Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile. *Revista de Derecho* (Valdivia), 32(1), 117-137. <https://bit.ly/3Aa2Pob>
- López Barba, E. (2020). *Capacidad Jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*. Editorial Universidad Carlos III de Madrid. <https://bit.ly/3zLQ4jj>
- Martínez Pujalte López, A. L. (2017). Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas en Argentina e Irlanda. *Derechos y Libertades*, 2(37), 167-192. <https://bit.ly/3DbdmQV>
- Ministerio de Justicia de Colombia (2019). Abecé de la Ley 1996 de 2019, “por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”. <https://bit.ly/3l8Rsq7>
- Molinares Torres, M. F. (2020). Esterilización forzada a mujeres con discapacidad cognitiva en Colombia: necesidad de un análisis con perspectiva de género. *UNA Revista de Derecho*, 5, 94-126. <https://bit.ly/3k7BVHR>
- Osorio Carvajal, A. G. (2019). Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Se ajusta nuestra normativa a las normas sobre capacidad jurídica que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?. *Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas*, ISSN 0718-302X, ISSN-e 0719-9376, N°. 25, 86-103. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7478184>
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI, Grupo Editorial CINCA. <https://bit.ly/2ZjL2NN>
- Pérez de Ontiveros Baquero, C. (2009). La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. el artículo 12 de la convención, sus implicaciones en el derecho privado español. En R. de Lorenzo et al., *Capacidad Jurídica y Discapacidad*, t. I. (pp. 31-161). <https://bit.ly/3FgkLQQ>
- Rosetti, A. (2004). La universalidad de los derechos humanos en el derecho internacional. *Derechos y libertades*, 9(13), 67-85. <https://bit.ly/3ndY6y6>
- Seco Martínez, J. M. (2017). De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar. *Derechos y libertades*, 2(36), 58-69. <https://bit.ly/2YJ9Xdl>
- Vallejo Jiménez, G. A., Hernández Ríos, M. I. y Posso Ramírez, A. E. (2016). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *Revista CES Derecho*, 8(1), 3-21. <https://bit.ly/3zlwZD>
- Victoria Maldonado, J. A. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46(138), 1093-1109. <https://bit.ly/2XhKWVG>

### Normas jurídicas y sentencias citadas

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de la República de Colombia (1991). *Gaceta Constitucional* 116 de 20 de julio de 1991. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre, 2006. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1429 (5 de noviembre de 2020). *Por el cual se reglamentan los artículos 16, 17 y 22 de la Ley 1996 de 2019 y se adiciona el Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.* <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=144938>
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84 (26 de mayo de 1873). *Código Civil Colombiano. Diario Oficial* n°. 2867 de 31 de mayo de 1873. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Congreso de la República de Colombia. Ley 361 (7 de febrero de 1997). *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial* n°. 42 978 de 11 de febrero de 1997. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0361\\_1997.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0361_1997.html)
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1306 (5 de junio de 2009). *Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados. Diario Oficial* 47.371 de 5 de junio de 2009. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1306\\_2009.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1306_2009.html)
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1346 (31 de julio de 2009). *Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Diario Oficial* 47.427 de 31 de julio de 2009. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1346\\_2009.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1346_2009.html)
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1564 (12 de julio de 2012). *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial* 48.489 de 12 de julio de 2012. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)
- Congreso de la República de Colombia. Ley Estatutaria 1618 (27 de febrero de 2013). *Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Diario Oficial* 48.717 de 27 de febrero de 2013. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1618\\_2013.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1618_2013.html)
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1996 (26 de agosto de 2019). *Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Diario Oficial* 51.057 de 26 de agosto de 2019. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1996\\_2019.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1996_2019.html)



- Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-406 (5 de julio de 1992). M.P. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-478 (10 de junio de 2003). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-4324. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-478-03.htm>
- Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-826 (1 de septiembre de 2004). M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Expediente T-785380. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-826-04.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-293 (21 de abril de 2010). M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente LAT 352. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-293-10.htm>
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-340 (11 de mayo de 2010). M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Expediente T-2.246.370. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-340-10.htm>
- Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-553 (7 de julio de 2011). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente T- 2.980.403. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-553-11.htm>.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-824 (2 de noviembre de 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8518. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-824-11.htm>
- Corte Constitucionale. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-285 (12 de abril de 2012). M.P. María Victoria Calle Correa. Expediente T-3246696. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-285-12.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-765 (3 de octubre de 2012). M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente PE-035. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-765-12.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-042 (1 de febrero de 2017). M.P. Aquiles Arrieta Gómez. Expediente D-11480. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-042-17.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-049 (2 de febrero de 2017). M.P. María Victoria Calle Correa. Expediente T-4632398. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/su049-17.htm>
- Corte Constitucional. Sala Novena. Sentencia T-440 (13 de julio de 2017). M.P. Diana Fajardo Rivera. Expedientes T-6018422 y T-6025834. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-440-17.htm>
- Corte Constitucional. Sala Sexta. Sentencia T-480 (12 de diciembre de 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Expedientes T-6.869.841. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-480-18.htm>



Corte Constitucional. Sala Séptima. Sentencia T-478 (31 de julio de 2019). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente T-7.239.320. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-478-19.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-022 (4 de febrero de 2021). M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Expediente D-13.743. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-022-21.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-025 (5 de febrero de 2021). M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Expediente D-13.743. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-022-21.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia Casación 00186 (12 de diciembre de 2019) M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. STC16821-2019. Radicación nº. 00186.

# **Trayectoria normativa y jurisprudencial del derecho cultural en el ordenamiento jurídico colombiano 1966-2017\***

*Normative and jurisprudential trajectory of cultural  
right in the colombian legal order 1966-2017*

TIRSON MAURICIO DUARTE - MOLINA

Abogado de la Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Magíster en Derecho (Investigación) de la Universidad Icesi. Miembro de la Red Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales (RedMet).  
tirson.duarte1@u.icesi.edu.co. ORCID: 0000-0002-6240-2609.

---

\* Este artículo es resultado del proyecto de investigación de la Maestría en Derecho modalidad de investigación “*Trayectoria de la construcción del derecho cultural en Colombia, 1966-2017*” de la Universidad Icesi, Cali.

## Resumen

Con la Constitución Política de 1991 se dio giro teórico a la concepción del Estado y su rol frente a sus asociados. Como consecuencia, el texto constitucional incluyó amplio catálogo de derechos e instrumentos para su protección y garantía. Así, surgió el *derecho cultural* como una categoría a la que —como a muchas otras— le correspondió al sistema normativo dotar de contenido. Este contenido no ha sido fácil de desarrollar, dado que el *derecho cultural* tuvo su origen con el Pacto Internacional de Derecho Económico, Sociales y culturales PIDESC (1966) —principalmente— y otras normas internacionales que determinaron su alcance y fueron ratificadas bajo la perspectiva de la Constitución de 1886 y —ahora— su contenido debía ser aplicado e interpretado desde la postura teórica e ideológica de la actual Constitución. Con todo, este derecho se caracteriza como uno bastante particular en tanto que su concepto y contenido emergen desde la teoría cultural que conlleva la apropiación de diferentes nociones. Este artículo, entonces, propone un diálogo teórico-normativo entre el contenido del *derecho cultural* propuesto por el ordenamiento jurídico colombiano y la teoría de Kymlicka, usando la construcción de *trayectorias*. Así, por medio de la teoría, se permite interpretar y consolidar el alcance del contenido del derecho de cara a las garantías y protección brindada por el ordenamiento colombiano teniendo los derechos de *autorepresentación*, *autogobierno* y *poliétnico* kymlickianos como referente conceptual.

### PALABRAS CLAVE

Trayectoria normativa, jurisprudencia, derecho cultural, teoría cultural, Kymlicka.

## Abstract

With the Political Constitution of 1991, a theoretical turn was given to the conception of the State and its role in relation to its associates. Therefore, the constitutional text included a wide catalog of rights and instruments for their protection and guarantee. Thus, Cultural right emerged as a category that —like many others— corresponded to the normative system to provide content. This content has not been easy to develop given that cultural law had its origin with the ICESCR (1966) —mainly— and other international norms that determined its scope and were ratified under the perspective of the 1886 Constitution and —now— its content. It should be applied and interpreted from the theoretical and ideological position of the current Constitution. All in all, this right is characterized as quite particular in that its concept and content emerge from the cultural theory that entails the appropriation of different notions. This article, then, proposes a theoretical-normative dialogue between the content of Cultural right proposed by the Colombian legal system and the Kymlickian theory using the construction of trajectories. Thus, through theory, it is possible to interpret and consolidate the scope of the content of the right in the face of the guarantees and protection provided by the Colombian legal system, having the Kymlickian self-representation, self-government and polyethnic rights as a conceptual reference.

### KEYWORDS

Normative trajectory, jurisprudence, Cultural right, cultural theory, Kymlicka.

## INTRODUCCIÓN

Hablar del derecho cultural en Colombia significa remitirse a un marco jurídico difuso, lleno de claroscuros y en el que ha primado el análisis específico de cada manifestación cultural en desmedro de una teorización y conceptualización respecto del derecho cultural. Por ello, la relevancia de consolidar la trayectoria normativa del derecho cultural, no desde el punto de vista historiográfico, sino utilizando la cronología como excusa para la construcción del marco normativo que permite consolidar el alcance y contenidos del derecho cultural.

Durante los últimos dos siglos han sido dos constituciones las que han servido como fundamento del ordenamiento jurídico. Mas si se observa esto desde una perspectiva más profunda, la Constitución de 1886 atendía principalmente la estructura del Estado. Por su parte, la Constitución de 1991 se ha concentrado en esto y —esencialmente— en el reconocimiento de los derechos de los administrados<sup>1</sup>.

Al revisar cronológicamente la producción normativa en Colombia frente al derecho cultural antes y después de 1991 se encuentra la ausencia de reconocimiento constitucional y legal sobre manifestaciones culturales o comunidades étnicas durante la vigencia de la Constitución de 1886 y —por el contrario— una gran producción de normas del nivel internacional en la segunda mitad del siglo XX. Después de 1991, que puedo decir es el año cero de un ordenamiento “rejuvenecido”, aparece el “catálogo de derechos” como una parte de la constitución que buscaría la protección y garantía de los derechos, ahora positivados en un texto fundamental. En cuanto al derecho cultural, se hace relevante el contenido del artículo 7º de la Carta Política, dado el llamado al reconocimiento y protección a la diversidad étnica y cultural de la nación; siendo esta una de las disposiciones que contribuyen a reafirmar la identidad multicultural en Colombia (Rodríguez Uribe, 2016).

En este punto es preciso abordar el aspecto temporal. Si bien se ha señalado que el periodo en estudio es 1966 a 2017, en la ejecución de la investigación se encontró la necesidad de abordar un periodo mayor, dada la relevancia de la Constitución de 1886 para el sistema jurídico previo a 1991; pues todo tratado y contenido normativo en Colombia encuentra su fundamento en este documento, siendo necesario como punto de partida para determinar el diálogo teórico-normativo de la trayectoria. Este nuevo límite temporal ocasionó que de 51 años se terminara abordando un periodo de 131. Este último lapso constituye un gran espectro temporal. Sin embargo,

---

<sup>1</sup> “La Constitución Política de 1991 le dio un vuelco a la concepción del estado colombiano, cambiando de un enfoque totalmente unicultural, a una perspectiva inclusiva, con diversidad de etnias y multicultural” (Rodríguez Uribe, 2016, p. 16).

la producción normativa no es proporcional a este, aun teniendo en cuenta que se realizó la revisión de leyes, decretos, sentencias, tratados, convenios y pactos internacionales que dotan de protección, mas no de categorización, al derecho cultural.

Aún con lo anterior, para el ejercicio hermenéutico propuesto para la construcción de la trayectoria normativa se decidió dividir este gran periodo en tres de más corto alcance temporal. Estos *periodos* comprenden un lapso determinado en el que se analizó el derecho cultural desde la teoría de Will Kymlicka (1996) en un sentido analógico; esto significa: observar la manera cómo las categorías propuestas por el autor se ven reflejadas en las normas respecto del derecho cultural buscando la consolidación y alcance de este.

Para efectos de este contexto vale la pena mencionar que la teoría de Will Kymlicka (1996) ha planteado que la protección de la cultura debe llevarse a cabo a través de tres garantías o derechos rama<sup>2</sup>: derecho de representación, derecho de autogobierno y derecho poliétnico. Estas garantías se han visto reflejadas en el sistema normativo colombiano mayormente en el contenido constitucional y jurisprudencial (Bonilla, 2006; Duarte-Molina, 2020). Las indeterminaciones y oscuros planteados en el primer párrafo de esta sección fueron tornándose más precisas, más claras, en tanto descripciones. Logrando —espero— un contexto que aclare el panorama teórico, cronológico y normativo que consolida el derecho cultural.

## METODOLOGÍA

Esta es una investigación básica-exploratoria, debido a que se otorga primacía a la sistematización de conceptos y contenidos normativos y jurisprudenciales referentes al derecho cultural, con la pretensión de que sean explicados mediante el análisis de conceptos jurídico-doctrinales (Lamson Whitney, 1976; Tamayo, 1985; Niño Rojas, 2019) al estudiar la teoría cultural principalmente de Kymlicka —que se erige como centro teórico de la investigación. De tal manera, para el desarrollo de esta investigación, en cuanto a la construcción de la trayectoria normativa y jurisprudencial, se utilizó la técnica de elaboración de líneas jurisprudenciales desde una perspectiva teórico-conceptual (Duarte-Molina, 2023).





---

<sup>2</sup> Esta expresión debe entenderse desde la perspectiva de Pino (2014) y su tercera tipología de jerarquía axiológica; esto es, que la norma o concepto jurídico (N1) es subordinado en sentido material a la norma o concepto jurídico (N2). Entonces, se erige como concepto jurídico (N1) el derecho cultural y todos aquellos conceptos derivados y subordinados (N2) corresponden a derechos que pertenecen a él, que permiten su interpretación, y —a su vez— una hermenéutica analógica (Beuchot, 2013).

Aparece la construcción de líneas jurisprudenciales como forma de análisis de actos jurisdiccionales, en específico: la forma en la que López Medina (2006b; 2016; 2017) plantea la construcción de los derechos. Bien establece López Medina (2006b; 2016) que la técnica de análisis es de utilidad para quienes quieran estudiar las normas jurídicas vigentes sobre un tema concreto, dado a que en muchos tópicos la normatividad vigente se construye por la compleja interrelación entre Constitución, ley y jurisprudencia. Este trabajo realizado por López Medina (2006b; 2016) ha constituido la base teórica y, a su vez metodológica, de un “protocolo hermenéutico” para la lectura y construcción de transformaciones interpretativas de las normas en determinado contexto social y del diálogo originado entre ley y jurisprudencia de manera horizontal (López Medina, 2016).

En este sentido, el análisis dinámico del precedente esquematizado en la técnica de línea jurisprudencial propuesta por López Medina (2006a; 2006b; 2017) tiene como punto esencial la identificación y comprensión de sentencias hito agrupadas<sup>3</sup> (tabla 1) en torno a problemas jurídicos concretos, delimitados y definidos, por ende, basados en analogías fácticas. Dentro de las mismas se deben decantar las citas técnicas analógicas, que consisten en la citación de precedentes de relación fáctica directa con el fallo que se plantea como centro del estudio. Es imprescindible la delimitación idónea del problema jurídico o de las categorías frente a las cuales se requiera conocer las tendencias y rupturas en la práctica judicial, centrada en su práctica argumentativa citacional.

**Tabla 1.** Convenciones normas de la trayectoria

	Fundadora		Consolidadora
	Dominante		P. Arquimédico
	Reconceptualizadora		Desvío con intento de modificación

<sup>3</sup> El planteamiento realizado por López Medina (2006) consigna una variedad de tipos de sentencias importantes o sentencias hito: (I) fundadora de línea, (II) consolidadora de línea, (III) modificadora de línea, (IV) reconceptualizadora, y (V) sentencia dominante, que para el caso en estudio podrán ser aplicadas a todo tipo de normas.

Usar la línea como un insumo para la construcción de trayectorias normativas permite la identificación de tendencias teóricas y conceptuales frente a una categoría jurídica —como el derecho cultural—<sup>4</sup> (Duarte-Molina, 2023). Así, se busca identificar la trayectoria y su transformación, a la luz de la interpretación de las normas y la jurisprudencia bajo una teoría determinada: la teoría cultural de Kymlicka. Esto dará origen a un diálogo teórico entre normas, enseñando la relación e interdependencia de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial en la materialización de derechos y el establecimiento de reglas de aplicación normativa (Cajas, 2017). Se precisa que la línea jurisprudencial se transforma de esta manera en una línea jurídico-conceptual (Duarte-Molina, 2023).

Esta línea jurisprudencial transformada en *trayectoria* será considerada desde períodos específicos. El primero abarca desde 1966 hasta 1991, en el cual se analizaron instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Se denominó a este *periodo de incursión normativa y adopción de instrumentos internacionales*. Sobre el cual se debe recalcar que: (I) no hay producción normativa interna en lo que concierne a este tema y (II) fueron ratificados 8 tratados internacionales.

Durante este segundo periodo se produce una alta producción normativa en cuanto a leyes, decretos y jurisprudencia constitucional. En este se encontró: (I) la Constitución Política de 1991 contiene múltiples disposiciones respecto de la protección a la diversidad cultural, (II) en la producción normativa interna, nueve leyes; adicionalmente, (III) en cuanto a producción por parte del Poder Ejecutivo, doce decretos. En último lugar, (IV) doce sentencias, entre tutelas, control de constitucionalidad y unificación, respecto de la garantía y protección del derecho cultural. Este *periodo*, conforme a sus características, ha sido denominado de *constitucionalización*.

Por último, se tomó el periodo entre 2010 y 2017. En él se presenta la mayor producción y reinterpretación por parte de la Corte Constitucional en cuanto a la noción de culturalidad y una mayor voluntad de definir el contenido y alcance del derecho cultural. En este periodo se produjeron otras doce sentencias por parte del Alto Tribunal Constitucional. Este último ha sido nombrado de *construcción jurisprudencial*.

---

<sup>4</sup> La construcción de las líneas jurisprudenciales presenta una utilidad específica frente a la disputa por las fuentes del derecho y el comportamiento judicial (González Jácome, 2021). Teniendo enfrente, desde la perspectiva teórico-conceptual de la línea, los “ejes doctrinales” por los cuales se atribuyó significado al texto constitucional, permitiendo la alineación doctrinal en cuanto a tendencias (Cajas y Obando, 2020).

## 1. Aproximación al marco teórico del derecho cultural

Tomar la teoría cultural de Kymlicka para el desarrollo de la trayectoria normativa y jurisprudencial del derecho cultural obedece a tres razones fundamentales: (I) no se pretende realizar una simple reconstrucción conceptual de la categoría en estudio; (II) a partir de la teoría de Kymlicka se analizará una trayectoria establecida por las normas y la jurisprudencia colombiana; y (III) esta teoría ha determinado las prerrogativas que los Estados deben conceder a las culturas.

Previo a las nociones principales de la teoría de Kymlicka se debe hacer mención de los Estados multinacionales y Estados multiétnicos puesto que en ellos es donde se refleja la concreción del derecho cultural. Kymlicka (1996) entiende como diversidad cultural la coexistencia de más de una nación<sup>5</sup> en un Estado determinado. De manera que “(...) un país que contiene más de una nación no es, por tanto, una nación-Estado, sino un Estado multinacional, donde las culturas más pequeñas conforman las «minorías nacionales»” (Kymlicka, 1996, p. 26). Teniendo en cuenta la sinonimia que Kymlicka plantea entre “cultura”, “nación” y “pueblo”, se ha de entender que un Estado es multicultural si los miembros pertenecen a diferentes naciones, si han emigrado de diversas naciones.

Este planteamiento conlleva el abordaje de la ambivalencia de la noción de cultura en tanto su origen. Esto es: el origen la cultura desde el individuo por sí, o el individuo inmerso en sociedad. No obstante, ante la imposibilidad de aislamiento se plantea la noción de “derecho a la identidad cultural”, como aquel que consiste y parte de la sociabilidad humana cuando esta se manifiesta en el reconocimiento del Otro; teniendo como obstáculo alcanzar, en solitario, el desarrollo moral de la persona y también de aceptar la “igual dignidad” de todas las personas. Kymlicka (1996) determina “(...) se han realizado diversos intentos de proteger las minorías culturales y de regular los conflictos potenciales entre las culturas mayoritarias y las minoritarias” (p. 14). Kymlicka (1996; 2003) expone que las doctrinas llamadas “tradicionales” sobre derechos humanos dan una respuesta errónea a las preguntas sobre la cultura y su protección.

Lo anterior lleva a afirmar que las minorías culturales son vulnerables frente a las mayorías. Esto sumado a que las sociedades modernas deben hacer frente a grupos minoritarios que exigen el reconocimiento de su identidad y la acomodación de sus diferencias culturales, esto es denomi-

---

<sup>5</sup> Para el desarrollo de la idea de los Estados multinacionales y Estados poliétnicos se entenderá nación como “(...) una comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura diferenciadas. La noción de «nación», en este sentido sociológico, está estrechamente relacionado con la idea de «pueblo» o de «cultura»; de hecho, ambos conceptos resultan a menudo intercambiables” (Kymlicka, 1996, p. 26).



nado el reto del “multiculturalismo” (Kymlicka, 1996). Existen diferentes formas por las cuales se logra la incorporación de las minorías a las comunidades y sociedades que antes de su llegada gozaban de derecho de autogobierno (Kymlicka, 1996). De aquí la necesidad de establecer prerrogativas derivadas del multiculturalismo y que funcionan como protecciones externas<sup>6</sup>.

Kymlicka (1996) propone una tipología de diferentes tipos de los derechos de las minorías que pueden exigir grupos étnicos y nacionales<sup>7</sup>: (I) derechos de autogobierno, (II) derechos poliétnicos y (III) derechos especiales de representación<sup>8</sup>. Estos derechos tienen su origen en la interpretación que da Kymlicka (2007) como una adaptación de los derechos civiles propuestos por el liberalismo en una perspectiva *local* inspirado en la descolonización que significó una lucha en favor de los derechos de las minorías y el multiculturalismo.

Sin embargo, desde una perspectiva restrictiva, estos derechos reconocidos por el liberalismo presentan una relación dicotómica: su aceptación está a su vez ligada con el proceso de “ciudadanización” o acceso a la ciudadanía (Kymlicka, 2003; 2007). Puntualmente “El multiculturalismo liberal y las normas internacionales de derechos de las minorías se pueden entender como articulación de nuevos modelos de construcción de ciudadanía o «ciudadanización»” (Kymlicka, 2008, p. 50). Así, son dos los criterios para abordar esta dicotomía: (I) la manera como llegaron las comunidades a formar parte de la sociedad (Estado multiétnico) y (II) la relación que desea la comunidad tener con la sociedad (Estado multinacional).

Junto a ello Kymlicka (2007) encuentra que el multiculturalismo posee un proceso de codificación en normas jurídicas. En primera medida encarnados en las declaraciones internacionales sobre los derechos de las minorías. En segunda medida, la difusión de ideales y prácticas en el nivel nacional que implica la codificación de un conjunto de “estándares mínimos” (Kymlicka, 2007). Esto tiene consonancia con el planteamiento de la trayectoria normativa que propone

---

<sup>6</sup> La teoría cultural de Kymlicka (1996) plantea protecciones externas y restricciones internas para la protección de las minorías culturales. Las restricciones internas se encuentran orientadas hacia el interior de las comunidades mismas por la desestabilización que se puede originar en el interior de cada una (Kymlicka, 1996; Palma, 2014); por otra parte, las protecciones externas se refieren a los límites impuestos a la mayoría gobernante sobre el patrón cultural de las minorías (Kymlicka, 1996; Palma, 2014).

<sup>7</sup> Se afecta, dados estos planteamientos, la naturaleza de los grupos minoritarios y el tipo de relaciones que estos desean con la sociedad de la que forman parte. Consecuentemente, para la protección de estas minorías culturales y garantía de eficacia de las manifestaciones, se debe abordar esta postura entendiendo que: “Kymlicka invokes the value of cultural membership in his defense of providing individual with equal rights and resources (...)” (Christensen, 2012, p. 44).

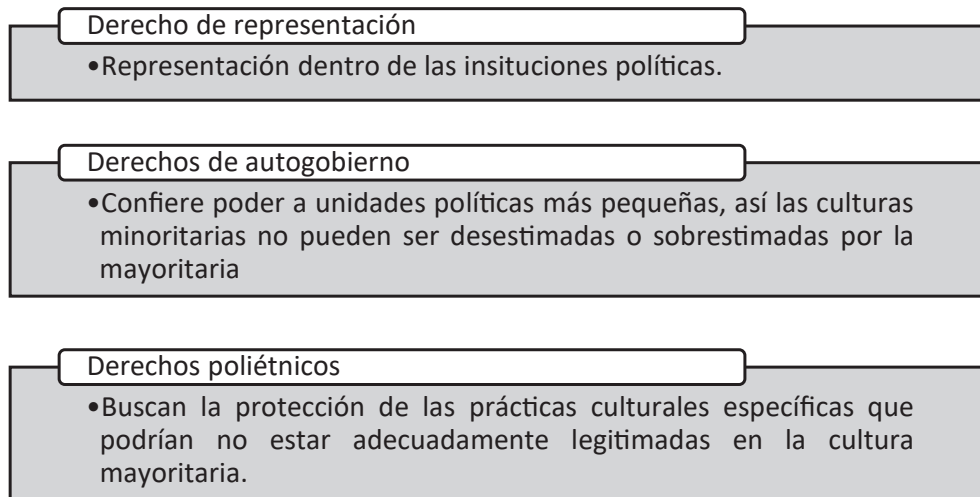
<sup>8</sup> Al observarse como derechos rama deben tomarse como como subyacentes al derecho sustantivo cultural.

este texto en sus niveles internacional y nacional, que son además la manera operativa misma de los derechos humanos.

Por último, la teoría cultural de Kymlicka (1996) sostiene que la protección ofrecida a minorías por medio del multiculturalismo debe abordar tres prerrogativas específicas o derechos rama (figura 1), y estas deben verse reflejadas en el ordenamiento jurídico de los Estado. El derecho de *autogobierno* está dirigido a promover y proteger la autonomía política y territorial de las minorías (Kymlicka, 1996).

Por otra parte, el derecho de *autorepresentación* tiene como fin garantizar la participación de las minorías y grupos étnicos en las instituciones políticas de la cultura dominante (Kymlicka, 1996). De tal manera, su materialización consiste en asegurar que la voz de las minorías sea escuchada en los espacios de decisión. En último lugar, el derecho *poliétnico* está encaminado a la protección de la libertad de expresión y promoción del legado de cada grupo cultural (Kymlicka, 1996).

**Figura 1. Prerrogativas o derechos rama del derecho cultural**



Fuente: elaboración propia con base en Kymlicka (1996).

Los planteamientos de Kymlicka (1996; 2007) finalmente plantean la relación entre el Estado y sus administrados en Estados multinacionales y multiétnicos y la codificación normativa nacional e internacional tendientes a determinar estándares mínimos para las culturas minoritarias. Debido a ello se determina que por medio de su propuesta teórica plantean garantías por parte del Estado frente a la existencia de comunidades diferenciadas por sus prácticas culturales. Adicionalmente, la teoría cultural de Kymlicka propende por el trato igualitario por parte de la cultura hegemónica. Estos presupuestos dan lugar al reconocimiento de derechos rama que

operan de manera diferenciada —en función de sus titulares (individuos y grupos)—: representación, autogobierno y poliétnico.

Estos elementos señalados en la teoría de Kymlicka se erigen como los parámetros teóricos para ser usados en el modelo de trayectoria normativa propuesto en esta investigación a través de la técnica de las líneas jurisprudenciales. De manera que se podrán identificar, además de la trayectoria, las tendencias y la transformación de la producción y codificación normativa a la luz de lo planteado por Kymlicka, originando el diálogo teórico-normativo.

## 2. (Re)construcción de la trayectoria normativa del derecho cultural

La trayectoria normativa y jurisprudencial en Colombia respecto del derecho cultural se extiende desde la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) hasta el reconocimiento y reinterpretación de este por parte de la Corte Constitucional; esto es, el periodo comprendido entre 1966 - 2017. Empero, tanto en el caso colombiano como a nivel internacional, este límite normativo podría extenderse más allá: internacionalmente desde 1954 con Protocolos a la Convención de La Haya que versan sobre la protección de bienes culturales, y a nivel nacional hasta el contenido *cultural* de la Constitución de 1886.

### ***Periodo de incursión normativa y adopción de instrumentos internacionales: 1966-1991***

La Constitución de 1991 marcó un hito en la vida política y jurídica de Colombia. No obstante, dado el lapso elegido para el desarrollo de la trayectoria normativa, es preciso mencionar el contenido de la Constitución de 1886. Del texto normativo de la Constitución de 1886 no se evidencia mención alguna a minorías (afrodescendientes, indígenas, ROM, etc.). Se observa que:

(...) la Constitución Política de ese año era mucho menos ambiciosa y traía una tablita de derechos, los derechos civiles y las garantías sociales de su título tercero, que recogían los derechos de primera generación, y ni siquiera éstos se observaban. (De Roux y Ramírez, 2004, p. 29)

Ante esta situación, y teniendo en cuenta el *periodo* al que se está haciendo referencia, aparece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), en el cual se considera la cultura como un derecho que debe ser protegido y garantizado. De manera similar, los principios básicos relacionados con los DESC incluyen: (I) respetar los DESC (abstenerse de violarlos); (II) proteger los DESC (impedir que otros los violen), y (III) cumplir los DESC (tomar medidas necesarias para hacerlos efectivos).

Aunado a esto aparecen por parte de la Unesco la Convención Universal sobre Derechos de Autor (1952), la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional (1966), la recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural (1976), la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1954), Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (1972). Concatenado con estos debe darse revisión de normas internacionales como el protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Así mismo: la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (1970), el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988) y el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989).

Ahora, de conformidad con la teoría cultural de Kymlicka, la red presentada evidencia la relación entre las prerrogativas del derecho cultural y las normas del derecho internacional mencionadas en el periodo. En este sentido, al realizar la lectura del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —por ejemplo— aun siendo una norma que, se podría decir, es esencial en cuanto a la protección cultural, sólo se encuentran la *autorepresentación* y la protección *poliétnica*.

Una norma con similares características es la Convención Americana de Derechos Humanos, dado que de su articulado solamente se encuentra la *autorepresentación*, y no es hasta el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" que se habla de protección *poliétnica*. Es notable que la tercera prerrogativa de Kymlicka, es decir: la protección *poliétnica*, es la que más extensión tiene en el *periodo de incursión normativa y adopción de instrumentos internacionales*. Es de resaltar el contenido de Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, la Recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural y el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, son las únicas normas del *periodo* bajo análisis que contemplan las tres nociones: *autorepresentación*, *autogobierno* y *poliétnico*.

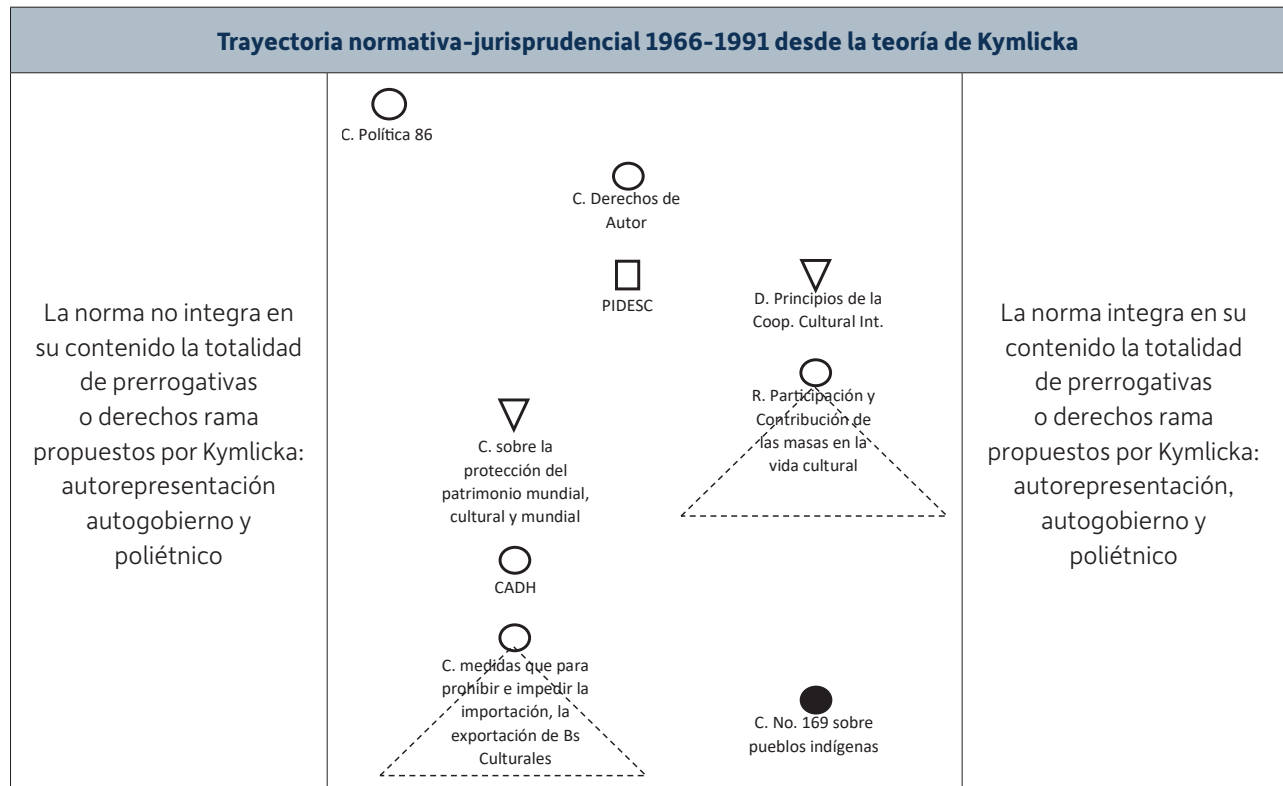
En síntesis, el periodo internacional constituye para la construcción de la trayectoria normativa el punto de llegada al aplicar la *ingeniería de reversa* (López Medina, 2006-b) pero en este caso, y como se indicó, más allá de sentencias con normas del nivel internacional. Este mismo periodo ayuda en la identificación de normas hito, que servirán en los *periodos* siguientes como funda-

mento para la producción de normas y sentencias. Son de esta manera: normas fundacionales de la trayectoria normativa del derecho cultural en Colombia. La visualización y análisis de este periodo se daría de la manera como se muestra en la figura 2.

### Periodo de constitucionalización: 1991-2010

La Constitución Política de 1991 incluyó la cultura en su lista de derechos de protección. La constitucionalización de la cultura y la consolidación del proyecto nación trajo consigo el conflicto Estado multiculturalista; esto se refleja en la tensión dentro del mismo texto constitucional entre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y la tesis de derechos fundamentales.

**Figura 2.** Periodo de incursión normativa y adopción de instrumentos internacionales de la trayectoria normativa del derecho cultural



Fuente: elaboración propia.

La Constitución de 1991 —en contraposición a su predecesora— introduce un lenguaje normativo que visibiliza el pensamiento multicultural cuando afirma en el artículo 7º que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Además, ratifica el pensamiento político liberal en el artículo 13º: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la

ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...)”.

Sin embargo, esto representa un conflicto caracterizado como reconocimiento de la pluralidad contra la reafirmación de la idea liberal de la persona con libertades y con derechos, dado que el reconocimiento de la pluralidad axiológica aprueba desde el texto constitucional la diversidad cultural mediante compromisos como la defensa de la riqueza cultural de la nación, resguardo de los derechos colectivos y el reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos colectivos de derechos especiales (Cuchumbé, 2012). Esta perspectiva resalta el ideal de la autenticidad individual y el ideal del reconocimiento de la pluralidad de horizontes de mundo cultural. Es precisamente esta dimensión normativa sobre la que dará cuenta este *periodo* de la trayectoria.

El *periodo de constitucionalización* concibe una particularidad frente a las normas internacionales. Según el artículo 93 de la Constitución, las normas internacionales sobre derechos humanos que hayan sido ratificados por Colombia tienen fuerza jurídica vinculante e interpretativa en el ordenamiento interno. De este modo, a partir de 1991, las normas contenidas en el *periodo incursión normativa y adopción de instrumentos internacionales* se vinculan al bloque de constitucionalidad.

El capítulo 2º del título 1º de la Constitución de Colombia, y precisamente en el artículo 70, inciso 2º, le da fundamento a la protección de toda manifestación cultural por ser fundamento de la nacionalidad, y reconoce la igualdad y dignidad entre todas aquellas culturas que convergen en el territorio nacional. En adición a esto, los artículos 10, 68, 171, 176, 246, 286, 321, 329 y 330 contienen pronunciamientos sobre la protección cultural<sup>9</sup>. Son estas normas por las cuales se intentó definir el marco normativo, interpretación, alcance y —de alguna manera— el significado de las normas que compartan el régimen multicultural en Colombia (Ariza, 2016).

El desarrollo legislativo-cultural colombiano surgido con posterioridad a 1991 se ha realizado en tres grupos. El primer grupo reglamenta las disposiciones constitucionales sobre protección de

---

<sup>9</sup> El desarrollo doctrinal ha identificado que “(...) el artículo 71 consagra que la búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. También determina que el Estado fomentará la ciencia y la cultura a través de su inclusión en los planes de desarrollo económico y social, y mediante la creación de incentivos para las personas e instituciones que ejercen estas actividades. (...) se destaca la protección especial que otorga la Constitución, en el artículo 63, a las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo y el patrimonio arqueológico de la Nación; y en el artículo 72 al patrimonio cultural de la Nación. Adicionalmente, la Carta determina que el patrimonio arqueológico y los bienes culturales que conforman la identidad nacional, son inalienables, inembargables e imprescriptibles” (Arjona Pachón, 2011, p. 44)

la diversidad étnica y cultural. En este periodo se halla la Ley 21 de 1991, que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; la Ley 47 de 1993, por la cual se dota al departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de un estatuto especial que le permita su desarrollo dentro del marco fijado por la Constitución, en atención a sus condiciones geográficas, culturales, sociales y económicas. Con esta norma se reconoce la especificidad del grupo raizal que ha habitado este territorio, y se desarrollan diversos mecanismos políticos, económicos, sociales, ambientales y culturales para garantizar sus derechos. La última ley en este grupo es la 1381 de 2010, que tiene por objeto garantizar el reconocimiento, la protección y el desarrollo de los derechos lingüísticos, individuales y colectivos de los grupos étnicos con tradición lingüística propia, así como la promoción del uso y desarrollo de sus lenguas. Este grupo se encuentra integrado por decretos que las han desarrollado.

Por medio del segundo grupo se reglamenta el derecho a acceder y participar de la vida cultural, y las disposiciones en materia de fomento y estímulo a la cultura (Arjona Pachón, 2011). En este grupo se encuentra la Ley 397 de 1997, por medio de la cual desarrolla los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución de 1991. Esta establece que el papel central del Estado en relación con la cultura es “la preservación del Patrimonio Cultural de la Nación y el apoyo y el estímulo a las personas, comunidades e instituciones que desarrollen o promuevan las expresiones artísticas y culturales en los ámbitos locales, regionales y nacional”.

El tercer grupo se presenta en relación con la protección del patrimonio cultural de la Nación. En este también se encuentra la Ley 397 de 1997 en cuanto al desarrollo del artículo 72 superior. Esta norma fue modificada por la Ley 1185 de 2008 en el componente de patrimonio cultural. Así mismo, la Ley establece que la política estatal en relación con el patrimonio cultural de la nación tendrá como objetivos principales la salvaguardia, protección, recuperación, conservación, sostenibilidad y divulgación (Arjona Pachón, 2011).

En este *periodo* de la trayectoria se hallan demás normas del ámbito internacional proferidas en el lapso y vinculadas a través del mencionado bloque de constitucionalidad: la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural (2001), la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005), la Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales (2007).

### **La jurisprudencia de la Corte Constitucional**

La jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional no ha tenido un progreso simétrico o pacífico, que en términos de López Medina (2006b) permitiese consolidar una subregla como criterio de interpretación. Los pronunciamientos se han centrado especialmente en la protección



de las minorías étnicas y culturales, y con mínimos aportes al acceso y fomento de expresiones artísticas y culturales de la población.

En lo que corresponde a la protección de las minorías étnicas y culturales, la Corte no ha tenido una posición unificada, sino que ha variado alrededor de tres posturas que reflejan la tensión inherente a la Constitución de 1991 entre derechos individuales y la diversidad cultural, esto es, entre el individualismo y el multiculturalismo (Bonilla, 2006; Cuchumbé, 2012). En estos pronunciamientos se encuentran la Sentencia T-254 de 1994, por la cual se sostiene que las comunidades indígenas son organizaciones, sujetos de derechos y deberes que ejercen poder sobre sus miembros a través de su autoridad, hasta el punto de adoptar sus propias formas de gobierno y ejercer el control social. Adicionalmente, la autonomía reconocida por el constituyente debe ser ejercida dentro de los parámetros indicados en el texto constitucional, de manera que propenda por la unidad nacional (Corte Constitucional, 1994).

En la Sentencia T-349 de 1996, advirtiendo que los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares, se plasma la subregla aplicada en sentencias como la T-796 de 1996, C-139 de 1996, T-523 de 1997 y T-266 de 1999. En ella se expuso que es necesario maximizar la autonomía política y jurídica de las minorías nacionales; además se debe minimizar las restricciones a la diversidad. Así que los únicos límites admisibles a la autonomía de los grupos étnicos deberían ser sustentados en valores apoyados por un acuerdo intercultural, no solamente en aquellos defendidos por la cultura dominante. Esta subregla de la Corte es fundamental para la trayectoria, dado que es el primer pronunciamiento en el cual se entra en diálogo con la teoría de Kymlicka (1996) en tanto a los derechos rama.

En 1998, en la SU-510 se reafirma la posición sostenida en la Sentencia T-254 de 1994, al considerar que la primacía de los derechos individuales sobre los valores no liberales. Empero, en este pronunciamiento se sostiene que “(...) los derechos individuales pueden restringirse si hay evidencia de que éste es el único medio disponible para evitar la desaparición de una cultura liberal o iliberal” (Bonilla, 2006, p. 158). Dado esto, la Corte entiende que “(...) el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana” (Corte Constitucional, 1998a); por demás este principio obedece a la aceptación de la otredad entramada a la aceptación de la multiplicidad de formas dentro y fuera de la cultura occidental tradicional (Corte Constitucional, 1998a).

Aunado a esto, la Corte indica respecto a la autonomía que el principio mencionado otorga a las comunidades indígenas: “(...) un status especial que se manifiesta en el ejercicio de facul-



tades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales propios” (Corte Constitucional, 1998b). De la misma forma, se pronuncia frente al autogobierno y protección poliétnica al sostener que la Constitución confiere: “(...) el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres; consagra una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes; y les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios” (Corte Constitucional, 1998b).

En la primera década de los 2000, la Sentencia T-1022 de 2001, en la que se estableció que: “(...) frente a los temas indígenas resulta indispensable asumir posiciones signadas por la moderación y el buen juicio, en orden a fomentar el respeto y acatamiento que merecen la autodeterminación y el reconocimiento de las diferencias protagonizadas y reclamadas por los pueblos indígenas” (Corte Constitucional, 2001), retomando planteamientos de la SU-510 de 1998. La SU-383 de 2003, por su parte, hace alusión a los derechos de *autorepresentación*, *autogobierno* y *poliétnico* al exponer: “La protección constitucional del derecho a la diversidad e integridad cultural no requiere individualizarse, porque el derecho a la subsistencia de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales no admite ser diferenciado, sino entendido en función del grupo al que pertenecen”. La defensa de su integridad cultural no se puede separar de su existencia colectiva, dado que tanto sus integrantes como las organizaciones en las que se encuentran agrupados se encuentra legitimados para instaurar acciones de carácter administrativo y judicial (Corte Constitucional, 2003), pues existen “(...) condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, (...)” y las autoridades están en la obligación de asegurar su autonomía y autodeterminación (Corte Constitucional, 2003).

La Sentencia C-1192 de 2005 aporta una variación en tanto a la interpretación y se hace restrictiva a lo propuesto en la sentencia que antecede. La C-1192 de 2005 expone que “(...) la diversidad cultural de la Nación hace referencia a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría en aspectos, tales como, la raza, religión, lengua, arte, folclor y tradiciones artísticas” (Corte Constitucional, 2005). De manera que los grupos humanos que dadas sus características culturales no se ajustan a los parámetros propios de la mayoría o difieren ella “(...) tienen derecho constitucional al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías, así como en los derechos fundamentales a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad” (Corte Constitucional, 2005). Por otro lado, hasta 2006 aparece la noción de *constitución cultural*. Esta noción se extrae de la Sentencia C-742 de 2006:

Como manifestación de la diversidad de las comunidades, como expresión de la riqueza humana y social de los pueblos y como instrumento para construir sociedades organizadas que aprenden a manejar sus relaciones adecuadamente, **la cultura fue reconocida en la Constitución de 1991**

**como un pilar fundamental que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. (...) la Constitución Cultural, entiende la cultura como valor, principio y derecho que deben impulsar las autoridades.** (Corte Constitucional, 2006) (Negrillas fuera del texto original)

Por último, para el lapso en estudio, aparece la Sentencia T-769 de 2009. En este pronunciamiento se indica que frente a la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios protegidos:

(...) debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas; integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. (Corte Constitucional, 2009)

Consecuentemente, no debe hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural —y de su reconocimiento— si no se otorga personería a las comunidades; pues sólo esto confiere tal estatus.

Se observa que no es pacífica la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al contenido y desarrollo del derecho cultural. El Alto Tribunal ofrece el desarrollo del principio de diversidad étnica y cultural, dejando de lado el impulso al concepto del derecho cultural en sí. Empero, a través de tales pronunciamientos se establecen las subreglas interpretativas aplicadas en ámbitos sociales, políticos y jurídicos relevantes para la construcción del *tercer periodo*. Respecto de esta segunda parte del periodo:

Uno de los cambios fundamentales implementados por la Corte en su jurisprudencia ha sido la protección de los derechos de los pueblos indígenas, los cuales son concebidos no como derechos individuales sino como derechos colectivos. Durante este proceso, muchos de los derechos fundamentales de los primeros artículos de la Constitución han sido expandidos para proteger a los pueblos indígenas de una manera colectiva. (Rodríguez Uribe, 2016, p. 16)

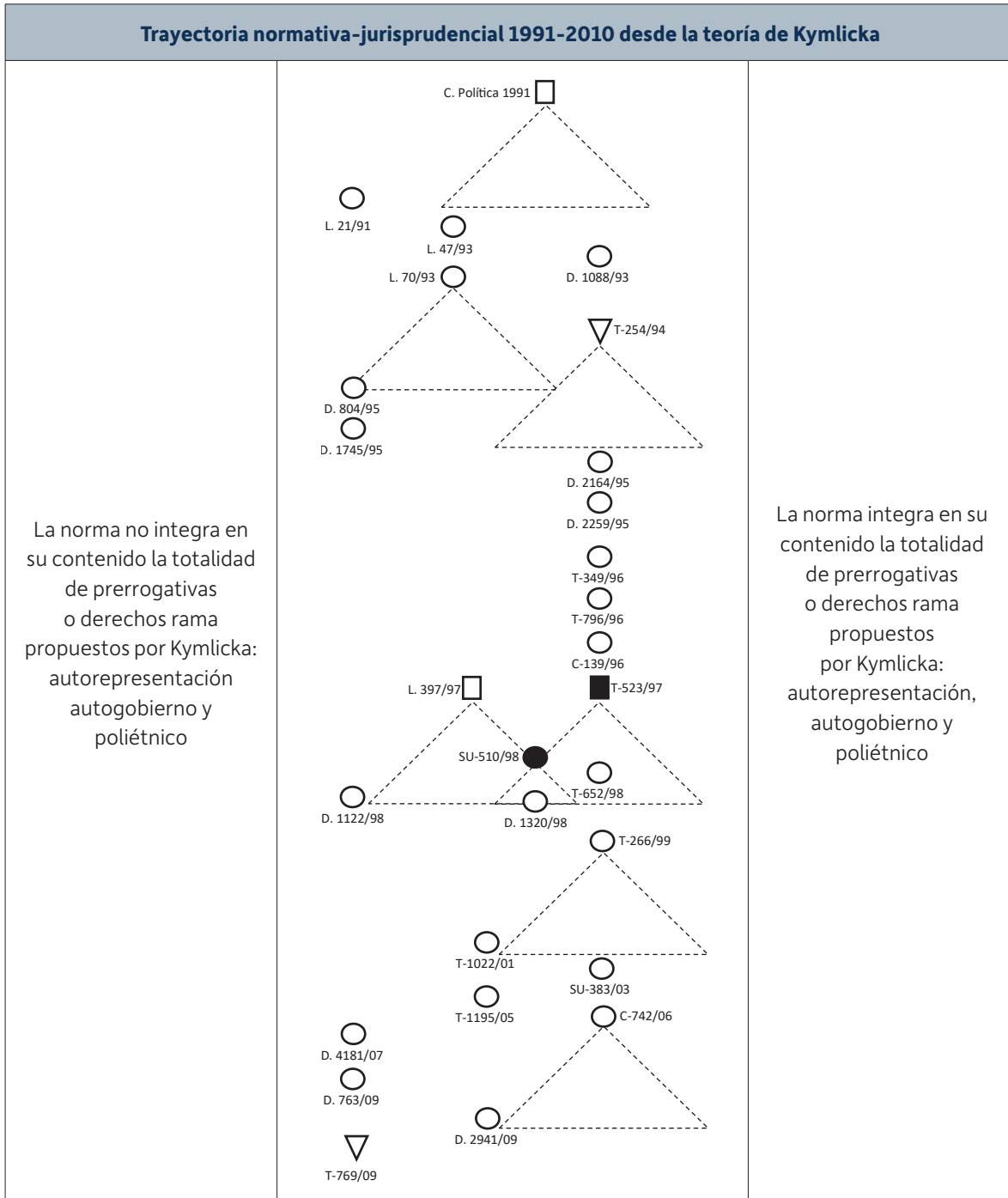
En suma, el periodo de desarrollo normativo constituye para la construcción de la trayectoria normativa el punto intermedio, pero normativamente hablando más robusto al aplicar la *ingeniería de reversa* (López Medina, 2006-b). Este periodo sienta las bases constitucionales del derecho cultural en Colombia a través tanto del contenido directo de la constitución, las leyes, los decretos y los tratados, así como de las primeras sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se establecen las primeras reglas de interpretación. Así, si bien el primer periodo constituye las normas fundacionales de la trayectoria, el segundo periodo comporta la profundidad del desarrollo normativo interno. La visualización y análisis de este periodo se daría de la manera como se representa en la figura 3.

### ***Periodo de construcción jurisprudencial: 2010-2017***

La Corte Constitucional ha trabajado sobre el concepto de cultura y derecho cultural de manera difusa. Esta Corporación lo ha asumido —en principio— como un derecho subsumido en otros como la libre expresión y propiamente como una característica de este (Corte Constitucional, 2005). Esta postura encuentra su fundamento en el principio de diversidad e integridad personal, por el cual se busca que cada individuo desarrolle su personalidad e identidad con base en diferencias étnicas y culturales concretas. Esto invoca la aceptación de la alteridad y multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo.

El último periodo comprende un espacio temporal más corto en comparación con los dos anteriores. Para este se identificaron sentencias en las que, en mayor o menor medida, se aborda el derecho cultural y sus derechos rama. En primera instancia aparece la Sentencia C-434 de 2010. En ella la Corte Constitucional no realiza una referencia directa al derecho cultural, más se pronuncia respecto del *derecho a la cultura* —un derecho de acceso—. Al respecto indica que este derecho es una de las más grandes novedades de la Constitución de 1991, reconociendo que “(...) la cultura no es asunto secundario, ni puede constituir un privilegio del que disfruten solamente algunos colombianos (...)” (Corte Constitucional, 2010a). Por el contrario, la cultura debe “(...) extenderse a todos, bajo el entendido de que por constituir uno de los fundamentos de la nacionalidad su promoción, desarrollo y difusión es asunto que ha de gozar de la especial atención del Estado” (Corte Constitucional, 2010a).

**Figura 3. Periodo de desarrollo constitucionalización de la trayectoria normativa del derecho cultural**



Fuente: elaboración propia.

De igual manera, al desprenderse del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el derecho a la cultura implica la obligación de *no discriminación*; esto es: la prohibición de llevar a cabo diferenciaciones, exclusiones o restricciones injustificadas basadas directa o indirectamente en criterios irrazonables (Corte Constitucional, 2010a), de manera que “(...) tiene la intención o el efecto de nulificar o vulnerar el reconocimiento, disfrute o ejercicio, en un plano de igualdad, de derechos fundamentales de un grupo de personas” (Corte Constitucional, 2010a). Esto implica el reconocimiento *poliétnico* y *autogobierno*.

Tomando como base lo planteado en este pronunciamiento, por medio de la Sentencia C-666 de 2010 se extiende la noción de cultura que debe ampararse con fundamento en el contenido de la Carta. De manera que la noción de “cultura nacional” se manifiesta mediante las tradiciones y cánones corrientemente aceptados como ‘colombianos’; es decir, aquellos por los que se involucran las prácticas y los valores que prevalecen en el territorio nacional (Corte Constitucional, 2010b). Esto no significa que estas prácticas y valores primen o lleguen a anular las “manifestaciones culturales” minoritarias existentes en el territorio.

Adicionalmente, la Corte arguye —trayendo a colación normas invocadas en el *primer periodo*— que no puede existir duda sobre el mandato constitucional, y propone que sea el Estado el que defina y lleve a cabo una política cultural que eleve el nivel artístico e intelectual de todos los nacionales (Corte Constitucional, 2010b). La Sentencia T-116 de 2011, por su parte, se refiere a la identidad cultural, tomando las comunidades indígenas como titulares de este derecho. Al respecto, reiterando la Sentencia T-769 de 1996, se sostuvo que, partiendo del contenido de los artículos 7 y 70 superiores, el deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural debe materializarse más allá de un supuesto fáctico y legal (Corte Constitucional, 2011a).

Por su parte, la Sentencia C-366 de 2011 expuso, en un claro llamado a los derechos de autorrepresentación y autogobierno, que es de las normas constitucionales de donde se desprenden las modalidades de participación de las comunidades minoritarias (Corte Constitucional, 2011b):

1. Participación en la definición de políticas estatales en el mismo grado que todos los ciudadanos sin diferenciación que imponga alguna barrera de acceso.
2. La participación debe darse por medio de mecanismos concretos y adecuados que resulten compatibles con las particularidades de cada identidad.

Partiendo de lo planteado en la Sentencia C-666 de 2010, la C-889 de 2012 determinó que para entender el derecho cultural se debe partir de la identidad. Dado esto, el reconocimiento de la diversidad cultural de la nación se relaciona de manera íntima con ámbitos regionales y comunitarios (Corte Constitucional, 2012). Consecuentemente, las prácticas tienen fundamen-

to en las actividades que se ejercen en cada grupo social diferenciado. En palabras de la Corte Constitucional (2012): “(...) la conformación de la identidad cultural de la Nación resulta de la superposición de esas prácticas y de la manera como inciden en el ethos de cada comunidad”; lo que representa la concreción de los derechos de *autorepresentación* y *poliétnico*.

La Sentencia C-264 de 2014, partiendo del marco establecido por la Ley 397 de 1997, establece como subregla el concepto de cultura contenido en ella<sup>10</sup>. No obstante, en sus argumentos se refiere de manera directa al derecho *poliétnico*, en cuanto expone que las obligaciones no son atribuibles solamente al Estado; al ser titulares del derecho, los individuos y grupos también se encuentran en el deber de protección de estos derechos en tanto a otros de su índole para la preservación de la pluralidad (Corte Constitucional, 2014a). Por medio de la Sentencia C-283, el Alto Tribunal, usando la regla aplicada en la Sentencia C-1192 de 2005, comenta que la Constitución reconoce y protege la diversidad étnica y ratifica la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales, así como el deber del Estado de promover y fomentar el acceso a la cultura (Corte Constitucional, 2014b).

En 2015, por medio de la Sentencia C-449 de 2015, se reiteró lo dicho en la C-666 de 2010 en cuanto al reconocimiento de las diversas formas de cultura, la necesidad de participación de ellas en la vida política y, además, la importancia de dotar la institucionalidad requerida para su gestión y propender por su preservación. Esto refleja el reconocimiento de los derechos de *autorepresentación*, *autogobierno* y *poliétnico* por parte del Alto Tribunal. En sentido similar, usando como fundamento la Ley 397 de 1997 y la Sentencia C-742 de 2006, la Corte se pronuncia frente a la protección del patrimonio cultural de la nación, en una clara protección del derecho *poliétnico*; y reitera la obligación de espacios de participación de las minorías étnicas (Corte Constitucional, 2016a).

En la segunda parte de 2016, la Corte Constitucional, en Sentencia C-567 de 2016 —en lo que se constituye como una sentencia consolidadora—, sostuvo que el texto de la Carta determina una serie de principios que se encuentran orientados a la protección de la cultural. La Carta prevé como fines esenciales del Estado —en este contexto— (Corte Constitucional, 2016b): (I)

---

<sup>10</sup> El numeral 1º del artículo 1º de la Ley 397 de 1997 establece que: “Cultura es el conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos y que comprende, más allá de las artes y las letras, modos de vida, derechos humanos, sistemas de valores, tradiciones y creencias”. Adicionalmente, indica en el numeral 2º del mismo artículo: “La cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad y actividad propia de la sociedad colombiana en su conjunto, como proceso generado individual y colectivamente por los colombianos. Dichas manifestaciones constituyen parte integral de la identidad y la cultura colombianas”.

participación de todos en las decisiones que los afectan en tanto a su vida cultural, (II) reconoce y protege la diversidad cultural de la nación colombiana, (III) obliga al Estado y a las personas a “proteger las riquezas culturales de la nación, (IV) el Estado tiene el deber promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, y (V) promover el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación.

Esta postura, tomada desde el diálogo jurisprudencia-Kymlicka, es reiterada en sentencias como la C-666 de 2010, C-366 de 2011, C-889 de 2012, C-1192 de 2014 y C-224 de 2016; por lo que evoca el reconocimiento, protección y garantía de los derechos de *autorepresentación*, *autogobierno* y *poliétnico*. Sumado a esto, indica la sentencia que el derecho cultural se encuentra contenido en la Constitución y de él se desprenden nociones contenidas en diferentes instrumentos como “patrimonio cultural” y “diversidad étnica”; y su protección se deriva tanto del texto en mención como de los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

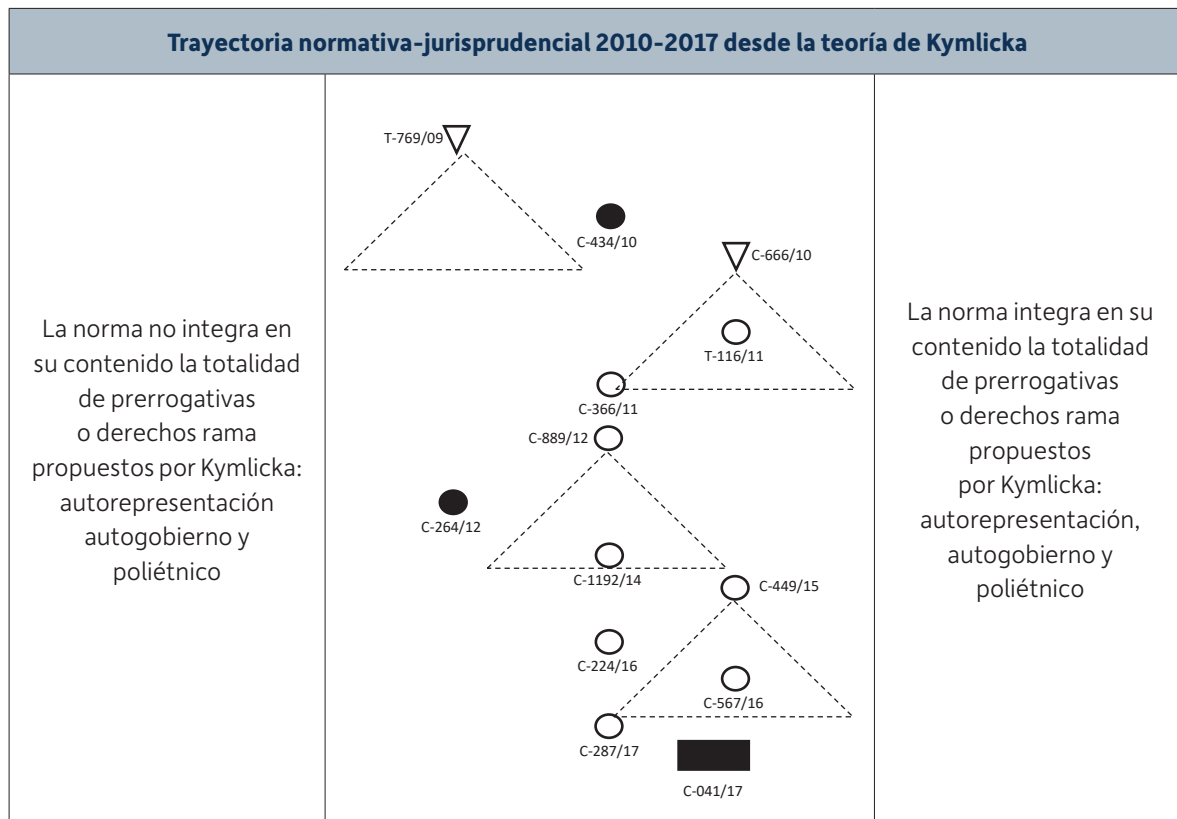
Al adentrarse en el último año que compone este periodo son relevantes dos pronunciamientos de la Corte Constitucional: C-287 de 2017 y C-041 de 2017. La primera de ellas destaca que no sólo es importante la protección derivada de la Carta. Desarrolla el concepto de *Constitución Cultural* en cuanto a la promoción de la cultura y la protección de las manifestaciones culturales y del patrimonio cultural de la nación (Corte Constitucional, 2017a).

Por otro lado, la Sentencia C-041 de 2017 contiene uno de los mayores avances en cuanto a la protección jurídica del derecho cultural. Consecuentemente, el avance es proporcional en cuanto al diálogo en el contenido del pronunciamiento frente a la teoría de Kymlicka (1996). En primera medida, el pronunciamiento reitera lo dicho en la C-1192 de 2005 en cuanto a la cultura y los derechos sujetos de ella. Adicionalmente sostiene, en un claro desarrollo del derecho *poliétnico*, que la promoción de la cultura y la protección de las manifestaciones culturales y del patrimonio cultural de la nación, tienen especial relevancia “(...) en tanto que éste constituye un signo o una expresión de la cultura humana, de un tiempo, de circunstancias o modalidades de vida que se reflejan en el territorio, pero que desbordan sus límites y dimensiones (...)” (Corte Constitucional, 2017b).

La Sentencia C-041 de 2017 desarrolla en buena medida el contenido del derecho cultural. Mas especifica que no se debe confundir el contenido del derecho y su alcance con las manifestaciones objeto de su protección. Es decir: diferencia la manifestación y la práctica de los derechos rama. Teniendo que el derecho cultural y sus ramas son aquellos por los cuales se ampara y se busca a garantía de la manifestación y la práctica; siendo estos últimos su concreción.

En el *periodo de construcción jurisprudencial* se toma una postura específica, pues en general compone una extensión, no sólo temporal sino sintética, de los periodos anteriores, puesto que combina y ordena las normas dadas en ellos adicionando nuevas posturas que, si bien no rechazan posturas sostenidas en cuanto a los derechos rama del derecho cultural, sí se debate la construcción del contenido de este. Los pronunciamientos de la Corte Constitucional adquieren un valor desde una argumentación tecnificada, como en el segundo periodo, y además comparte una argumentación de garantía y materialización de los derechos fundamentales; para el caso específico del derecho cultural. Por último, si bien el periodo que antecede constituye la profundidad del desarrollo normativo interno, este tercer periodo comporta una posición moderna más allá del paradigma constitucionalista, teniendo en cuenta la doctrina cultural misma. Esto se puede observar en la figura 4.

**Figura 4.** Periodo construcción jurisprudencial de la trayectoria normativa del derecho cultural



Fuente: elaboración propia.



## CONCLUSIONES

En primer lugar, se debe establecer una conclusión de orden metodológico. Como se demuestra en el desarrollo del producto de la investigación, la manera propuesta por López Medina para la construcción de líneas jurisprudenciales se configura como un instrumento ideal para la elaboración de trayectorias normativas, y responder dudas más allá de problemas jurídicos del sistema jurídico colombiano. El uso de la línea como proceso de contraste y diálogo entre una teoría y las normas respecto de diferentes instituciones y derechos del sistema jurídico ofrece un claro panorama para el entendimiento, comprensión y evolución de este.

En lo que respecta al derecho cultural como mediador de las relaciones entre las mayorías y las minorías, se define como la categoría jurídica que da impulso a la protección de las manifestaciones culturales de los individuos conglomerados en grupos –mayoritarios o minoritarios–, cuyo objetivo es enmendar la desventaja entre unos y otros. Por otro lado, se advirtió la existencia de derechos rama que se desprenden del derecho cultural: *autorepresentación*, *autogobierno* y *poliétnico*.

El derecho de *autogobierno* está dirigido a promover y proteger la autonomía política y territorial de las minorías. El derecho de *autorepresentación* tiene como fin garantizar la participación de las minorías y grupos étnicos en las instituciones políticas de la cultura dominante, por lo que su materialización consiste en asegurar que la voz de las minorías sea escuchada en los espacios de decisión. En último lugar, el derecho *poliétnico* está encaminado a la protección de la libertad de expresión y promoción del legado de cada grupo cultural.

Los tres periodos abordados por la trayectoria normativa dejan entrever diferentes aspectos del sistema jurídico colombiano en lo concerniente al derecho cultural. Dentro de estos aspectos cabe resaltar la “deuda” en cuanto a su reconocimiento. Si bien por medio de cada periodo se observó el comportamiento de las normas frente a la teoría de Kymlicka, de fondo no ha existido una norma en la que converjan el reconocimiento del derecho y sus derechos rama y se ha dejado en manos de la Corte Constitucional el contenido y su objeto a través de la interpretación del sistema jurídico.

Por último, en cuanto a la trayectoria se encuentra que el *periodo de incursión normativa y adopción de instrumentos internacionales* constituye el punto de llegada al aplicar la *ingeniería de reversa*, pero en este caso, y como se indicó, más allá de sentencias con normas del nivel internacional. En este periodo se presenta, la identificación de normas hito, que servirán en los *periodos* siguientes como fundamento para la producción de normas y sentencias. Son de esta manera, normas fundacionales de la trayectoria normativa del derecho cultural en Colombia. Es

importante recalcar en este periodo la inexistencia de normas de rango constitucional respecto de la protección de la cultura.

El *periodo de constitucionalización* se erige como el punto intermedio, pero —normativamente hablando— más robusto. Este periodo sienta las bases constitucionales del derecho cultural en Colombia a través tanto del contenido directo de la Constitución, las leyes, los decretos y los tratados, así como de las sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se establecen las primeras reglas de interpretación. Si bien el primer periodo constituye las normas fundacionales de la trayectoria, el segundo periodo comporta la profundidad del desarrollo normativo interno.

En último lugar, el *periodo de construcción jurisprudencial* toma una postura específica, pues en general compone una extensión, no sólo temporal sino analítica y extensionista, de los periodos anteriores, puesto que combina y ordena las normas dadas en ellos adicionando nuevas posturas que, si bien no rechazan posturas sostenidas en cuanto a los derechos rama del derecho cultural, sí se debate la construcción del contenido de este. Así, los pronunciamientos de la Corte Constitucional son dilemáticos, dado que, si bien el periodo que antecede constituye la profundidad del desarrollo normativo interno, el tercer periodo termina de definir una visión moderna más allá del paradigma constitucionalista al realizar un acercamiento a la teoría de Kymlicka desde la interpretación normativa.

En suma, la trayectoria elaborada vista en fondo como una línea jurídico-conceptual respecto del derecho cultural evidencia el diálogo teórico-normativo entre el derecho y la teoría planteados. Cada uno de los periodos se presenta de manera fragmentada, pero componen una gran línea y trayectoria que demuestra las tensiones en cuanto al reconocimiento, protección y garantía del derecho cultural.

## REFERENCIAS

- Ariza, L. (2016). Un país multicultural: la Constitución y la diferencia étnica y cultural en Colombia. En H. Alviar, J. Lemaitre y B. Peraf (Eds.), *Constitución y democracia en movimiento*. Universidad de los Andes.
- Arjona Pachón, G, E. (2011) Derechos culturales en el mundo, Colombia y Bogotá. Guía virtual de las regulaciones internacionales, nacionales y distritales en materia de derechos culturales. Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte. [https://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/sites/default/files/documentos\\_transparencia/derechos\\_culturales\\_en\\_el\\_mundo\\_colombia\\_y\\_bogota.pdf](https://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/sites/default/files/documentos_transparencia/derechos_culturales_en_el_mundo_colombia_y_bogota.pdf)
- Beuchot, M. (2013). Perfiles esenciales de la hermenéutica (2ª ed.). Fondo de Cultura Económica - Universidad Autónoma de México.
- Bonilla, D. (2006). *La Constitución multicultural*. Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana - Siglo del Hombre Editores.
- Cajas, M. y Obando, F. (2020). “Salvadas por un voto”: trayectorias de la Corte Constitucional de Colombia a partir de los votos disidentes (1992-2000). *Vniversitas*, 69, .
- Cajas, M. (2017). Judicial review of constitutional amendments in Colombia: a political and historical perspective, 1955-2016. En *The Theory and Practice of Legislation*, 5(3), 245-275. extension://mbcgpelmjnpfbdnkbefdfjmeckpnhha/enhanced-reader.html?openApp&pdf=https%3A%2F%2Fwww.tandfonline.com%2Fdoi%2Fpdf%2F10.1080%2F20508840.2017.1407397%3FneedAccess%3Dtrue
- Christensen, E. (2012). Revisiting Multiculturalism and Its Critics. *The Monist*, 95 (1), 33-48.
- Cuchumbé, J. (2012). Apertura constitucional de 1991, diversidad étnica y cultural y ordenamiento político: aproximación filosófica política. *Universitas Humanística*, 74, 57-74.
- De Obieta, J. (1989). *El derecho humano a la autodeterminación de los pueblos*. Editorial Tecnos.
- De Roux, C. y Ramírez, J. (2004). *Derechos económicos, sociales y culturales, economía y democracia*. Serie Estudios y Perspectivas 2. CEPAL - Naciones Unidas. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4811/1/S044209\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4811/1/S044209_es.pdf)
- Duarte-Molina, T. (2020). Derecho cultural y amparo del coleo en el marco de la protección animal en el ordenamiento jurídico colombiano. *Foro. Revista de Derecho*, 34, 168-191.
- Duarte-Molina, T. (2023). El derecho como representación. Las trayectorias normativas como instrumento metodológico de identificación teórica. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, 53(139), 1–22. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/8231>

- González Jácome, J. (2021). El análisis jurisprudencial: más allá del precedente judicial. En A. Barreto y E. Lozano (Eds.), *Metodología de la investigación jurídica. Experiencias y desafíos del oficio de investigar en derecho*. Universidad de los Andes.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía cultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Paidós.
- Kymlicka, W. (2003). *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Editorial Paidós.
- Kymlicka, W. (2007). *Odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Paidós.
- Kymlicka, W. (2008). Los derechos de las minorías en la filosofía política y en el derecho internacional. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 22, 46-72.
- Lamson Whitney, F. (1976). *Elementos de investigación* (4ª ed.). Ediciones Omega.
- López Medina, D. (2006A). *Interpretación constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura.
- López Medina, D. (2006B). *El derecho de los jueces* (2ª ed.). Universidad de los Andes- Legis Editores.
- López Medina, D. (2016). *Eslabones del Derecho*. Universidad de los Andes- Legis Editores.
- López Medina, D. (2017). *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Universidad de los Andes-Legis Editores.
- Niño Rojas, V. (2019). *Metodología de la investigación. Diseño, ejecución e informe* (2ª ed.). Ediciones de la U.
- Palma, D. (2014). El sujeto de derecho de las minorías. Nuevas categorías y una crítica a la concepción de los derechos diferenciados en función de grupo de Will Kymlicka. *Ideas y Valores. Revista colombiana de filosofía*, 155 (LXIII), 191-217. Universidad Nacional de Colombia.
- Pino, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Quinche, M. (2020). *El precedente judicial y sus reglas* (3ª ed.). Legis Editores.
- Rodríguez Uribe, N. (2016). Derechos humanos colectivos y multiculturalismo: Respuesta a las críticas universalistas y desarrollo constitucional en Colombia. En M. Cajas y N. Rodríguez Uribe (Comp.), *Precedente: 15 años de una nueva forma de ver el Derecho*. Universidad Icesi.
- Tamayo, M. (1985). El proceso de la investigación científica. Fundamentos de investigación. Editorial Limusa. México D.F.

### **Normatividad y jurisprudencia**

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional* 116.
- Congreso de la República de Colombia. (1991.). Ley 21 de 1991, 6 de marzo. D.O. 39720.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 47 de 1993, 19 de febrero. D.O. 4063.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 70 de 1993, 27 de agosto. D.O. 41013.

- Congreso de la República de Colombia. (1997). Ley 397 de 1997, 7 de agosto. RD: 43102.
- Congreso de la República de Colombia. (2001). Ley 649 de 2001, 27 de marzo. D.O. 44371.
- Congreso de la República de Colombia. (2001). Ley 691 de 2001, 18 de septiembre. D.O. 44558.
- Congreso de la República de Colombia (2001). Ley 725 de 2001, 27 de diciembre. D.O. 44662.
- Congreso de la República de Colombia (2008). Ley 1185 de 2008, 12 de marzo. D.O. 44662.
- Congreso de la República de Colombia (2010). Ley 1381 de 2010, 25 de enero. D.O. 47603.
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia T-254. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1996a). Sentencia C-139. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (1996b). Sentencia T-359. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia T-523. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (1998a). Sentencia SU-510. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1998b). Sentencia T-652. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia T-266. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia T-1022. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia SU-383. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-1195. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-742. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2009). Sentencia T-769. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional. (2010a). Sentencia C-234. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. (2010b). Sentencia C-666. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2011a). Sentencia T-116. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2011b). Sentencia C-366. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-889. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. (2014a). Sentencia C-264. M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional. (2014b). Sentencia C-283. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia C-449. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. (2016a). Sentencia C-224. MM.PP. Alejandro Linares Cantillo y Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. (2016b). Sentencia C-567. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (2017a 3). Sentencia C-287. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional. (2017b) Sentencia C-041. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio.

Presidencia de la República. (1993). Decreto 1088 de 1993. D.O. 40914.

Presidencia de la República. (1995). Decreto 804 de 1995. D.O. 41853.

Presidencia de la República. (1995) Decreto 1745 de 1995 D.O. 42049.

Presidencia de la República. (1995). Decreto 2164 de 1995. D.O. 42140.

Presidencia de la República. (1995). Decreto 2259 de 1995. D.O. 42163.

Presidencia de la República. (1996). Decreto 1396 de 1996. D.O. 42853.

Presidencia de la República. (1996). Decreto 1397 de 1996. D.O. 42853.

Presidencia de la República. (1998). Decreto 1122 de 1998.

Presidencia de la República. (1998). Decreto 1320 de 1998. D.O. 43340.

Presidencia de la República. (2007). Decreto 4181 de 2007. D.O. 46797.

Presidencia de la República. (2009). Decreto 763 de 2009. D.O. 47287.

Presidencia de la República. (2009). Decreto 2941 de 2009. D.O. 47433.



**Revista de  
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.61.001.495>

# **Fuerza normativa, teoría especular e imperativo constitucional**

*Normative force, specular theory,  
and constitutional imperative*

J O Ñ O G A S P A R R O D R I G U E S

Abogado, especialista en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Cândido Mendes de Río de Janeiro, Maestría en Derecho por la Universidad de Coimbra. Fiscal del Ministerio Público de Amazonas. [joaorodrigues@mpam.mp.br](mailto:joaorodrigues@mpam.mp.br) <https://orcid.org/0000-0001-6512-4643>

## Resumen

Este ensayo teje un análisis revisionista de la relación conceptual y estructural entre tres propiedades fundamentales del constitucionalismo moderno: fuerza normativa, postulado de actualización (traducido a teoría especular) y creencia colectiva en el imperativo constitucional. A lo largo de las páginas, en la medida de lo posible, se intenta explicar el carácter relacional de las representaciones conceptuales presentadas, de manera que el conocimiento bajo análisis sea capaz de interferir en la realidad o, al menos, de comprenderla mejor, depurando algunas ideas clásicas.

### PALABRAS CLAVE

Constitución, fuerza normativa, supremacía constitucional, teoría especular, imperativo constitucional.

## Abstract

The essay weaves a revisionist analysis on the conceptual and structural relationship between three fundamental properties of modern constitutionalism: normative force, postulate of updating (reflected in a specular theory), and collective belief in the constitutional imperative. Throughout the pages, as far as possible, we try to explain the relational character of the conceptual representations presented, so that the knowledge under analysis is capable of interfering in reality or, at the very least, understanding it better, purifying some classic ideas.

### KEYWORDS

Constitution. Constitutional supremacy. Normative force. Specular theory. Constitutional imperative.



## 1. INTRODUCCIÓN

La interpretación de cualquier norma jurídica extrae su fuerza, en última instancia, de la Constitución y sus mandatos fundamentales. A través de sus artículos, la vida sigue su camino, descubriendo sus soluciones, racionalizando el poder que surge de las relaciones sociales. La Constitución es, en sentido figurado, el centro ardiente de un inmenso globo del que todos los ciudadanos son equidistantes, y esta equidistancia significa que el texto fundamental garantiza, al mismo tiempo, la razón, la justicia, la libertad y la igualdad. Garantiza no solo el orden en el caos, sino un ventajoso equilibrio entre estabilidad y variabilidad (quizás la táctica constitucional más vital<sup>1</sup>), conduciendo a través de sus normas y principios el futuro de la sociedad. Es un conjunto de normas capaces de desencadenar, de arriba a abajo, una programación racional de las actividades humanas; y es también un estatuto singular de mínima certeza y exactitud en la pluralidad de posibilidades de la vida posmoderna<sup>2</sup>.

La Constitución, desde el punto de vista del constitucionalismo actual, es el órgano de estabilidad social y política más seguro del mundo y símbolo de la supremacía de la ley sobre los órganos de gobierno y de las garantías del individuo (como unidad psicofísica moral y política) en relación con la máquina administrativa (Pound, 1958, p. 22; Viamonte, 1959, p. 14). A través de él es posible transformar lo incierto en cierto, lo confuso en claro, lo inseguro en seguro, lo inestable en estable, lo impredecible en predecible, la competencia en cooperación, lo ideal en real y lo teórico en práctico. Y quizás, aquí y allá, a través de un *faux pas* institucional del propio sistema, abraza la magnificencia de los valores opuestos y mantiene un equilibrio dinámico entre lo necesario y lo posible (de ahí los principios aceptados como razonabilidad, proporcionalidad, equilibrio de intereses, reserva de lo posible, etc.). Pero, en todo caso, no es un "instrumento de gobierno", sino un instrumento de soberanía popular. Su contenido no se limita a lo político, extendiéndose a diversos ámbitos, como el social, cultural, económico, etc. Su alcance excede con mucho lo puramente gubernamental y sus normas son aplicables al orden privado de los individuos, así como a sus relaciones con el Estado.

El rasgo distintivo de la actividad práctica cotidiana, como dijo el filósofo John Dewey (1960, p. 6), es precisamente su incertidumbre. El juicio sobre las acciones a tomar nunca puede obtener más que una precaria probabilidad. La actividad práctica se ocupa de situaciones individualizadas y singulares, que nunca se repiten de forma idéntica y sobre las que, por tanto, no se puede

---

<sup>1</sup> *Táctica* tomada aquí en el sentido griego, como el arte de poner en orden (Bentham, 1991, p. 61).

<sup>2</sup> Vida posmoderna dotada de una realidad algo fluida, sin estructura ni contorno, sin principio ni dirección definidos.

resguardar una seguridad total. Para contrarrestar esta incertidumbre intrínseca a la vida social y proporcionar un mínimo existencial de seguridad, existe, en particular, una entidad forjada por la razón democrática ponderada: la Constitución escrita moderna<sup>3</sup>.

Es el hombre en la sociedad quien da lugar a la perturbación de la regularidad; en él se quiebra la armonía jurídica, fruto de la certeza y el orden. Y para rescatar (o preservar) esta armonía creamos un documento fundamental llamado Constitución, que en los tiempos modernos se ha convertido en una fuerza viva de la democracia. Hay una paradoja que vale la pena mencionar aquí (una paradoja que la lógica pura no puede tolerar). El hombre/sociedad, movido por un principio de racionalidad, lanza el instrumento constitucional para asegurar la estabilidad y variabilidad dentro de un esquema predefinido, pero es el primero en infringir estas normas racionales. La prueba de su racionalidad ("razón democrática ponderada") es también el espejo de su limitación e imperfección radical, dado que se enfrenta a su comportamiento imprevisible guiado por el error, el desconocimiento y otras insuficiencias inherentes a la condición humana.

Asegurar la estabilidad y variabilidad<sup>4</sup> es el certificado de calidad de una Constitución y parte de la dinámica fundamental del universo constitucional. Sin embargo, la verdadera prueba de funcionalidad a las necesidades de una comunidad es el tiempo, es la longevidad del documento, demostrando ser una estructura útil para enfrentar las incertidumbres, que gobiernan no solo el mundo natural (en el que la causalidad newtoniana dio paso a la cuántica probabilidad), pero sobre todo cosas humanas. En relación con estas propiedades, existe la posibilidad de que, para ser eficaz, requiera la adhesión de sus aplicadores. El poder de estabilidad / variabilidad solo se hace realidad si existe una firme convicción en el imperativo constitucional. La Constitución propone estos propósitos (estabilidad / variabilidad), pero el entorno social, político e institucional lo hace.

La fuerza normativa de la *suprema lex* representa el elemento de estabilidad, mientras que el llamado postulado de actualización (o teoría especular) abarca el vector de variabilidad. Este vector siempre estará presente en cualquier sociedad libre, como destaca Thomas Sowell (2011): "La existencia de individuos, si los hay, en cualquier sociedad libre que estén completamente satisfechos con todas las políticas e instituciones bajo las cuales viven es dudosa. Prácticamente todas las personas, en diversos grados y tipos, apoyan el cambio" (p. 164).

---

<sup>3</sup> El constitucionalismo escrito ha sido una de las piedras angulares de la cultura democrática occidental.

<sup>4</sup> La carga semántica de la Constitución es en gran parte responsable de su variabilidad. Si no es una condición suficiente para esto, ciertamente es necesario (precisamente porque está cargado de valores).

El documento fundamental es una especie de ADN (el código genético del Estado) —o en la evocadora expresión de Viamonte, un *fiat lux* institucional— que contiene todas las instrucciones básicas (o mensajes normativos) para la construcción orgánica de las instituciones públicas, la estructura completa del gobierno (con los límites de la autoridad legítima de los distintos órganos), la delimitación de los derechos fundamentales y libertades públicas (con mecanismos de protección), la forma de hacer las leyes y quién es competente para hacerlas, así como los respectivos procedimientos funcionales (Viamonte, 1959, p. 14; Cavalcanti, 1977, p. 13; Pound, 1958, pp. 103-104). El requisito más importante es la existencia de un proceso que garantice la réplica exacta de dichas instrucciones: intérpretes y ejecutores comprometidos con el proceso democrático y el estado de derecho.

No es la grandilocuencia de un líder político, el carisma de un gobernante específico o los deseos, a menudo no benévolos, de la multitud ruidosa lo que garantiza la estabilidad en el escenario del macrocosmos político. La garantía principal y determinante es la Constitución y su fiel aplicación. Pero para que esta aplicación sea "fiel" es necesaria una cultura casi religiosa de homenaje y sumisión consciente al documento supremo (y también a los valores en él consagrados).

No sin una razón profunda, los antiguos atenienses atribuyeron su grandeza política a su Constitución. Lo celebraron en todos los tonos y le consagraron una devoción pocas veces vista en la historia política de un pueblo. En su "Oración fúnebre", Pericles dice con bastante énfasis (Croiset, 1918): "Tenemos una Constitución que no se ha inspirado en ninguna otra, pero que es, más bien, un modelo para las demás" (p. 110).

Y tras esta orgullosa declaración sobre el carácter único, original y verdaderamente autóctono de la Constitución ateniense, el orador señala sus rasgos esenciales: igualdad entre los ciudadanos, estado de derecho<sup>5</sup>, respeto de los derechos, amor y entusiasmo por la justicia, dedicación a las cuestiones de orden pública, moralidad política, preocupación por la paz social, etc. Este primado de Atenas, digno de la atención de la posteridad, es inseparable de su Constitución política y un faro, cuyo rayo de luz ha atravesado los siglos hasta nuestros días.

Así, siguiendo este camino y bajo una línea argumental multívoca, abordaremos en este estudio la relación conceptual y estructural entre algunas propiedades fundamentales de la Constitución: fuerza normativa, postulado de actualización (traducido a una teoría especular, que explicaremos en detalle) y creencia colectiva en el imperativo constitucional. Intentaremos resaltar a

---

<sup>5</sup> "Lo que se llamó la pasión de los griegos por la ley era su pasión por la conducción sistemática del gobierno de conformidad con ese ideal" (Pound, 1958, p. 6). El ideal sigue muy vigente. La lealtad a las leyes, principios, criterios e ideas de la justicia es una virtud intrínseca, parte integral de la honradez de un ciudadano.

lo largo de las páginas, en la medida de lo posible, el carácter relacional de las representaciones conceptuales presentadas, para que el conocimiento bajo análisis sea capaz de interferir con la realidad, moldearla o, en el peor de los casos, comprenderla mejor.

## 2. EL VALOR PRAGMÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA TEORÍA ESPECULAR

Una Constitución parece ser, en sí misma, un marco abstracto e insustancial (simples hojas de papel con símbolos lingüísticos grabados). No tiene un valor intrínseco absoluto, vale lo que valen sus aplicadores<sup>6</sup>. La práctica de la Constitución también depende de la constitución (moral, política, social, cultural, etc.) de cada uno (Barthou, 1946, p. 144; Schmitt, 2009, p. 46). Se establece por la abundancia de sus fieles partidarios y, como cualquier fórmula política, significa poco fuera de su uso. Movido por su propia fuerza, sin la fe de los aplicadores y sin su compromiso (*engagement*), no prevalece, e incluso puede ser saboteado. La forma en que se interpreta, se absorbe (internaliza en la comunidad política) y se aplica, constituye el punto importante y la verdadera realidad, revelando una tendencia francamente democrática (o no). Una vez superadas estas etapas y ajustadas las prioridades, y mediante una combinación única de cualidades, se convierte en: 1) el producto más puro y bello de la razón democrática ponderada (que guía las voluntades y preside las instituciones); 2) un laboratorio que ayude a preparar al público para la democracia y le muestre el camino a seguir; 3) un filtro de las fuerzas vivas que surgen, sin cesar, en la sociedad; 4) un instrumento que da sentimiento de pertenencia nacional. De un extremo a otro, no hay escapatoria a esta evidencia que hace de la Constitución no un revoltijo de promesas o teorías, sino de realidades.

Extraída de su confinamiento puramente formal, la Constitución no es solo un documento filtrado en términos exhortatorios<sup>7</sup>, prometedores o *ad usum Delphini*, ni un castillo de arena com-

---

<sup>6</sup> Dice Woodrow Wilson (1963) con pragmatismo desbordante: "... los gobiernos siempre serán los gobiernos de los hombres, y ninguna parte de ningún gobierno es mejor que los hombres a los que se les da esa parte. El criterio de excelencia es no es la ley bajo la que actúan los funcionarios, sino la conciencia e inteligencia con la que la aplican (...). La lucha por el gobierno constitucional importa en la lucha por las buenas leyes, sin duda, pero también por los tribunales inteligentes, independientes" (p. 15).

<sup>7</sup> "Las garantías de libertad en las constituciones americanas no son ni pueden ser consideradas como exhortaciones sobre la forma en que el gobierno debe funcionar o los diversos órganos para funcionar. Estos son preceptos de la ley de la tierra, apoyados en la potestad de los tribunales de negarse a poner en vigor actos del legislativo o ejecutivo que les sean contrarios." (Pound, 1958, "preface", V). En la p. 105 de la misma obra Roscoe Pound enseña que la prescripción de límites y garantías constitucionales sería insignificante si fueran consideradas sólo como piadosas exhortaciones o apelaciones a la paciencia y buen juicio del legislativo o del ejecutivo, como lo demuestra la suerte del "Constituciones latinoamericanas".

pletamente indefenso. Crea mecanismos orgánicos basados en un sistema de controles y equilibrios que garantizan su supervivencia, observancia y supremacía (fuerza normativa<sup>8</sup>). No se trata de una fuerza libre, egocéntrica y suprema, en el sentido de irrestricta o absoluta, en un mundo de fuerzas múltiples, en el que cada fuerza solo actúa de la mejor manera posible cuando se ajusta de la mejor manera a las fuerzas que la rodean.

Entre estos "mecanismos de control y equilibrio" (claramente inspirados en la teoría de Newton para el equilibrio de los cuerpos celestes) se encuentran las estructuras legales (tribunales y otros órganos relacionados, no solo el derecho inherente del pueblo a la resistencia o la insurrección) y las políticas (poderes ejecutivo y legislativo) para captar los *inputs* sociales o institucionales y convertirlos en decisiones que aseguren la inviolabilidad y esencialidad de las normas constitucionales<sup>9</sup>. Se puede ver, por tanto, que la propia Constitución crea un puente entre su texto y la sociedad para garantizarle una energía normativa imprescindible y, paralelamente, su evolución.

Estos órganos y estos poderes públicos (con legitimidad para hacer cumplir las normas constitucionales) no son elementos aislados, fuerzas independientes que deambulan por sus propios intereses, sino mecanismos de una fuerza cuya fuente, la Constitución, les confiere autoridad. Son servomecanismos<sup>10</sup> o puentes entre la Constitución y la sociedad constituyente, cuyo oficio cumple una función especial por la que incorporan valores del contexto social para salvaguardar el imperativo constitucional.

En la Carta Magna de 1215, documento constitucional impuesto por los barones ingleses al rey Juan Sin Tierra, ya se mencionaba en germen la necesidad de un mecanismo para hacer cumplir el acuerdo. Esto es lo que propusieron los nobles:

"Danos la solemne promesa, como monarca, de que este documento te servirá como guía y regirá en todos los tratos con nosotros, confirma esta promesa mediante la colocación solemne de tu se-

---

<sup>8</sup> El surgimiento de la fuerza normativa es una de las glorias que coronan al constitucionalismo moderno (Wilson, 1963, p. 6), pero como está condicionado por circunstancias históricas y sociales, su valor es relativo.

<sup>9</sup> Una Constitución que no es provocada ni exigida, es decir, en desuso, se convierte en un inútil fósil jurídico-político. "La agitación es parte de la esencia de un sistema constitucional ..." (Wilson, 1963, pp. 31-32) y los movimientos y acciones que surgen de ella alivian la energía acumulada, restaurando o manteniendo la estabilidad sociopolítica. En las formas de gobierno no constitucionales, no hay escapatoria de la acción, lo que puede resultar en una especie de furia indefensa, cuya loca consecuencia resulta en la destrucción del propio gobierno.

<sup>10</sup> "Las instituciones de gobierno no son agentes independientes, sino que reflejan la distribución de poder existente en la sociedad en general" (Chomsky, 2002, p. 22).

llo, *admite a algunos de nosotros como comisión para supervisar la observancia de este acuerdo...*  
(Wilson, 1963, pp. 4-7)

Siete años después de la Carta Magna, en 1222, los nobles en Hungría obtuvieron de su rey un documento de similar orientación, la “Bula de Oro”, al que acudieron todos aquellos que lucharon por los privilegios en Hungría, al igual que los ingleses con la Carta Magna. Pero los húngaros no lograron un gobierno constitucional, y la razón principal fue que no establecieron un mecanismo para el mantenimiento y cumplimiento del acuerdo, como lo hicieron los británicos.

Los ingleses de la época de Juan Sin Tierra tenían el instinto práctico de ver que las promesas en el papel son solo promesas en el papel, a menos que la parte que pide el privilegio permanezca tan alerta y lista para actuar como la parte que ejerce el poder. No basta con formular los derechos más valiosos, recogerlos y disponer de ellos en un documento legal (Constitución o ley). Solo asumen imperativo legal y supremacía si pueden ser ejecutados o garantizados por sus propios medios. Es ley, en sentido amplio, solo lo que se puede ejecutar (o garantizar) mediante mecanismos creados especialmente para este desiderátum.

Algunas constituciones escritas, al no prever estos mecanismos de observancia, trajeron consigo su propia ruina (y poca fuerza normativa). La Constitución estadounidense se salvó de este destino gracias a la ingeniosa construcción de la jurisprudencia, en el famoso caso *Marbury v. Madison*, juzgado en 1803, en el que se establecieron las bases de la revisión judicial.

De hecho, es la posible posibilidad de intervención judicial, de la fuerza pública y de sanción lo que permite distinguir las normas legales (incluidas las constitucionales) de los preceptos morales o usos sociales. Indudablemente, las normas constitucionales tienen, por sí mismas, una eficacia "racional o intelectual", ya que se trata de hacer reinar el orden, la libertad y la justicia, y estos ideales superiores ejercen un cierto atractivo en la mente de los hombres. Además, si no hubiera, en la mayoría de los casos, una obediencia espontánea, y si fuera necesario tener un policía detrás de cada individuo y, quién sabe, un segundo policía detrás del primero, la vida social sería imposible (Hauriou, 1971, pp. 29-30)<sup>11</sup>. Por tanto, las normas jurídicas, especialmente las constitucionales, para su cumplimiento, necesitan despertar en cada uno la creencia de que deben ser observadas porque representan los altos ideales de racionalidad, orden y justicia. Cuanto mayor y más extendida sea esta creencia, menos será necesario recurrir a la intervención judicial y la coacción fuera del sistema.

---

<sup>11</sup> No son los tribunales y las fuerzas policiales los que obligan a los ciudadanos a pagar sus deudas, hacer el servicio militar y no prestar dinero a intereses exagerados. Estas limitaciones son leyes creadas al amparo de la Constitución (Pécaut, s.f., p. 205).

Sin embargo, cabe señalar que la fuerza normativa de la Constitución no puede medirse simplemente por el grado de aceptación u obediencia espontánea de la norma constitucional en la comunidad, sino por el nivel de efectividad en la realidad jurídica y política de esa comunidad. Cualquier poder solo se impone (o legitima) por su efectividad. Así, por sí sola, la obediencia natural no proporciona una prueba precisa de la fuerza normativa de las disposiciones constitucionales. Hay un ingrediente ineludible de eficacia institucional.

Supongamos dos sistemas constitucionales: uno provisto de mecanismos institucionales para proteger el imperativo constitucional y otro que carece de dichos controles. El ejemplo lo da Roscoe Pound (1958, pp. 8-9). En el primer sistema, las disposiciones constitucionales obligan a los ciudadanos y empleados por igual, siendo supervisados por los tribunales a través de procesos ordinarios (o especiales de revisión de constitucionalidad) a solicitud de las personas agradas (o actores institucionales legítimos). Cierta gobierno se hizo cargo de una empresa privada a través del Ejército. Inmediatamente los propietarios interpusieron una demanda ordinaria contra quienes actuaron de inmediato, cuestionando la legalidad de la apropiación, y obtuvieron una decisión favorable del tribunal. Compare este caso con el incidente del arresto de diputados (miembros de la cámara del cuerpo legislativo) por Napoleón III, entonces presidente de Francia. Uno de los diputados se adelantó a los soldados y les leyó la Constitución. Pero el Ejecutivo era el juez de sus propios poderes. No se podía hacer nada más que protestar. El Ejecutivo se impuso. En el primer sistema, el remedio contra la acción excesiva de los poderes legales es la acción judicial<sup>12</sup>, el proceso de interdicto o la orden de exhibición. En el segundo, es insurrección, rebelión o revolución.

La carga normativa y de principios de la Constitución permite a los tribunales constitucionales actuar virtualmente como una convención constituyente permanente, adaptando el texto constitucional a las necesidades de épocas posteriores (Schwartz, 1979, p. 193; Baum, 1987, pp. 206-207), ampliando o contrayendo estándares constitucionales. Después de todo, cada generación tiene su propia escala de valores<sup>13</sup> y una Constitución, como obra humana, no puede entenderse ni aplicarse aisladamente del contexto histórico, independientemente de la época.

---

<sup>12</sup> "Los poderes constitucionales de los tribunales representan la máxima seguridad tanto de los privilegios individuales como de las prerrogativas gubernamentales" (Wilson, 1963, p. 109).

<sup>13</sup> Si un hecho determinado de la vida se considera justo en un momento y lugar determinados, puede considerarse injusto en otro momento y lugar. Esto se debe a que el juicio de lo justo y lo injusto incluye la consideración de diferentes circunstancias (Cohen, 1956, pp. 336-337) que no pueden ser encarceladas definitivamente en un documento fundamental.

Un ejemplo contundente es la Corte Suprema de Estados Unidos y sus decisiones históricas que ayudaron al país a enfrentar sus múltiples desafíos, tales como: integración racial en las escuelas, reformulación del número de legisladores, aborto, oraciones en las escuelas, etc. En sus manos, la Constitución recibió una adaptación y elaboración que llenaría de asombro nada menos que a sus autores desde los simples días de 1787 (Wilson, 1963, pp. 120-121). Los poderes otorgados explícitamente por la Constitución siguen siendo los que siempre han sido; pero los poderes extraídos de ella por inferencia crecieron y se multiplicaron más allá de cualquier expectativa, y cada generación de estadistas miró a la Corte Suprema para que les proporcionara la interpretación capaz de satisfacer las necesidades del día. No solo la seguridad, sino la pureza del sistema depende de la *saggezza* y la buena conciencia de la Corte Suprema. Los principios que otorga la Constitución deben ampliarse y adaptarse mediante una interpretación conveniente; pero la razón y la forma de la expansión implica la integridad y, por tanto, la permanencia de todo el sistema de gobierno.

Una vez eliminados los mecanismos para observar el imperativo constitucional y garantizar la actualización de la *suprema lex*, la fuerza normativa no permanece. Ignorada de esta base de apoyo, no se puede mantener razonablemente ninguna energía normativa. Por tanto, cualquier Constitución que no vaya acompañada de estas propiedades borra parte de los logros del constitucionalismo moderno y contamina la convicción en la supremacía de la norma constitucional.

Estos mecanismos que aseguran la fuerza normativa de la Constitución deben contar con un sistema de valores que motive sus actividades, siendo el principal la fe en el imperativo constitucional mismo. Esta "fe" consiste básicamente en vivir en y por la Constitución, como instrumento de estabilidad y progreso social (en la medida en que el instrumento constitucional tenga un grado razonable de eficacia en la consecución de los fines perseguidos). Alimentar esta convicción desinteresada en el imperativo constitucional es útil en la medida en que anima a otros a observar también el mismo comportamiento. Es posible, como reflejo de la experiencia con la naturaleza humana, educar y moldear mentalidades con el ejemplo (la palabra puede convencer, pero el "ejemplo arrastra"<sup>14</sup>), animando a múltiples actores a actuar de una manera socialmente deseable. El imperativo constitucional, por un lado, reemplaza y mantiene, y por otro, precede y despierta el sentimiento y la idea de que existen deberes para exigir su estricta observancia.

Todo lo que concierne al ser humano encuentra en la confianza uno de los valores más altos de la vida, capaz de crear un ciclo de retroalimentación perpetuo de una sugerencia poderosa. La

---

<sup>14</sup> "El ejemplo vive, anima y arrastra al hombre sin quererlo" (Feuerbach, 1971, p. 141).



convivencia pacífica de los hombres se basa primero en la confianza mutua<sup>15</sup>, y solo más tarde en instituciones como la justicia o la policía (Einstein, 1981, p. 101). Por ejemplo, la disposición de las personas a pagar impuestos depende de su fe o confianza en la administración tributaria (que los impuestos recaudados se revertirán en bienes y servicios universales). En lógica, también, la apelación al argumento de la autoridad es perfectamente legítima cuando se confía en la autoridad para respaldar la conclusión (con un juicio respaldado por evidencia objetiva). Con la Constitución, como gran institución humana, no es diferente, la confianza pública —adquirida a partir de una eficacia institucional— da fuerza a la esencialidad de sus reglas.

La Constitución, como conquista moderna de la razón democrática ponderada, reemplaza, en cierto modo, la idea imperante en el pasado, según la cual el individuo, en la búsqueda de la seguridad, sacralizaba todo lo cargado de algún poder extraordinario, dotado de alguna cualidad protectora. Y como objeto sagrado moderno, la *suprema lex* lleva inscrita la siguiente recomendación: "Tratar con cuidado" o *noli me tangere*<sup>16</sup>. No es por otra razón que se encuentra rodeada de una serie de prescripciones, limitaciones y trámites para admitir cualquier cambio en su contenido.

Otro aspecto que se asemeja a la Constitución con los objetos sagrados del pasado primitivo es el hecho de que, por su sobrecarga de fuerza, no bastan las precauciones rituales para acercarse a ella, sino una actitud de sumisión y respeto, es decir, la convicción "casi religiosa" en su supremacía.

A pesar de ello, sin una garantía institucional y judicial de observancia del imperativo constitucional, el documento supremo solo puede retener en sí mismo las condiciones de su propia firmeza. Y aquí, sin contar al menos la fe colectiva secular y no trascendente en su supremacía, queda muy poco o nada de su fuerza normativa. El hecho es que sin los mecanismos institucionales de observancia, el elemento subjetivo y colectivo concomitante de la creencia social fundamental en su superioridad y el postulado de actualización, *a posteriori*, no se puede hablar de una fuerza normativa constitucional inmanente (o intrínseca).

La fuerza normativa deriva de la Constitución, es una consecuencia de sus mandatos normativos, pero de forma relacional extrínseca (no es un puro "en sí mismo"). Sin esta "relación extrínseca", la inmanencia de esta fuerza normativa es una mera idealización de un sistema jurídico estable-

---

<sup>15</sup> "La sociedad no podría existir sin la confianza en la rectitud y habilidad de los demás, y por eso esta confianza está profundamente grabada en nuestro corazón" (Fichte, 2014, p. 73).

<sup>16</sup> El caso es que, una vez violada por personal no autorizado, la Constitución pierde la "garantía del fabricante".

cido bajo el principio de autosuficiencia o de una simplificación radical hecha para convencer. Si persiste la creencia en este postulado de fuerza inmanente, se produce, paralelamente, el apriamiento de la Constitución en sí misma, dentro de un principio de autosuficiencia normativa obsoleto por la historia del constitucionalismo moderno. Admitiendo este esquema teórico sin mayor consideración, la Constitución describiría un círculo vicioso: en su extremo, volvería al principio, ya que no encontraría ningún elemento de conmoción o contestación (*input*), capaz de hacerlo evolucionar. La inmanencia de esta fuerza es una contradicción siempre aniquiladora que se autodestruye y reproduce una circularidad viciosa<sup>17</sup>.

La Constitución lleva consigo la potencia de su energía normativa, pero su eficacia (el "hacer un acto") depende de las relaciones establecidas con lo que está fuera de su texto. No es, considerada en sí misma, una totalidad absoluta y autosuficiente. Autojustificada y egocéntrica, creando su propio mundo incontrolado, la fuerza normativa constitucional tiende intrínsecamente a la extinción y el cese. El fin natural de cualquier movimiento o fuerza, cuando no está apoyado por fuerzas externas, es el reposo o el colapso.

La interacción entre los *inputs* sociales y la Constitución le introduce pequeños y constantes cambios, si no en su letra, pero fatalmente en su significado, su espíritu y la forma en que llega a afectar la dinámica social. Es como si el principio de indeterminación de Heisenberg, que gobierna los fenómenos físicos, volviera su validez a este instrumento fundamental del constitucionalismo. La mecánica social participa (o influye, así como el observador influye en el objeto observado), finalmente, en el ensamblaje del comando constitucional en su funcionalidad contemporánea en el mundo fenoménico, "resignificándolo" o exigiendo un significado polisémico compatible con la etapa actual de las exigencias de la vida.

El conflicto teórico que existe entre fuerza normativa inmanente y fuerza normativa relacional no es otro que el existente entre poder y acto, entre el simple proyecto de un concepto y su completo desarrollo y repercusión. No se hace ninguna definición sobre propiedades intrínsecas, sino en vista de una base de relaciones. Claramente, la fuerza normativa constitucional no puede concebirse como una mera creación intrínseca de la Constitución, sino como un concepto de relación y como una forma y energía alcanzada por los mecanismos de defensa<sup>18</sup> y por los aspectos constructivos del postulado de actualización. No es una obra divina realizada de un solo golpe, sino un *factum* dependiente de un *continuum*.

---

<sup>17</sup> Esta "circularidad viciosa" que reproduce un formalismo jurídico puede llevar al constitucionalismo a convertirse en víctima de su propio éxito.

<sup>18</sup> Así, sin mecanismos de observancia, la norma constitucional y su fuerza normativa equivalente, en general, terminan situadas, por así decirlo, en un conjunto vacío e ineficaz.

El carácter implacablemente semántico, simbólico o gramatical de las normas constitucionales también ayuda a consolidar la convicción de que su fuerza normativa no es algo definitivamente hecho o terminado, sino interna y necesariamente sujeto a un devenir característico. Aunque no es un concepto accesorio o subordinado, sino uno de los puntos centrales dominantes del sistema constitucional, la fuerza normativa se extrae de un contexto plurirrelacional y obedece a una mecánica constante de impulsos externos. Y así, correctamente entendida e interpretada, puede consolidar la imponente esencialidad de la Constitución ante sus súbditos (gobernantes y gobernados).

La Constitución es un instrumento formado lingüísticamente, aunque conserva una orientación independiente, una tendencia a trascender la mera semántica, porque si se limita a ella, comienza a compartir sus limitaciones, ya que cada palabra tiene solo su propio campo de acción relativamente limitado (incluso considerando el carácter expansivo de la polisemia), más allá del cual su fuerza se extingue<sup>19</sup>. Una norma constitucional reúne una pluralidad y una diversidad de esferas de significado en una totalidad lingüística.

Pero ¿en qué consiste el postulado multireferenciado de actualización constitucional? Es el reflejo de patrones dinámicos de cambio en el mundo social o un proceso de identificación, a través de los mecanismos institucionales previstos en la propia Constitución. De ahí la razón por la que también se la puede llamar teoría constitucional especular.

La vivencia diaria, la reflexión y el contraste con múltiples hechos<sup>20</sup> son el combustible de esta acción institucional, el principio dinámico que mueve el sistema. Son estos impulsos los que impulsan el desarrollo constitucional, contrarrestando la tendencia natural hacia la inercia normativa interna del texto fundamental.

El movimiento de cambio (o de actualización especular del instrumento constitucional) se genera, de manera espontánea y natural, por el flujo de *inputs* sociales. Este postulado puede ser imperfecto, cargado de intereses, deseos, sentimientos, esperanzas, propósitos, intenciones, miedos y contradicciones muy sutiles que influyen en las acciones más importantes, pero siempre será útil y necesario para enriquecer el espíritu constitucional. Si, por un lado, promueve la

---

<sup>19</sup> El lenguaje constitucional no lo dice todo, es incapaz de abarcar la complejidad social y su riqueza en todos los ámbitos históricos (o temporales).

<sup>20</sup> Categóricamente, todo ser solo puede revelarse a través de su opuesto, el orden solo en el caos, la unidad en la discordia, el individuo humano solo por sus relaciones con los demás (Dewey, 1964, p. 74). Así, solo contrastando los hechos se afirma la energía normativa de una Constitución; solo a través de la oscuridad de las pasiones y de los intereses, el orden normativo constitucional irrumpe en toda su omnipotencia.

depuración de elementos desdemocratizantes, por otro, fomenta la identificación del contenido normativo constitucional con la estructura social circundante.

La Constitución y la sociedad encierran en sí mismas la proyección de posibilidades ideales y contienen las operaciones con las que actualizan estas posibilidades. Pero nada se sustenta en el aislamiento o la independencia absoluta. La acción institucional de protección constitucional (los mecanismos de defensa) no agota el conjunto de acciones socialmente necesarias, careciendo del compromiso de la ciudadanía en la ejecución del programa constitucional.

Ninguna institución democrática puede escapar al control público, bajo pena de restringir el alcance de la democracia misma. El postulado de actualización y aportes sociales constituyen la cuña del escrutinio público que insinúa en el constitucionalismo<sup>21</sup>. Los *inputs* son, además, el cordón umbilical no solo del sistema constitucional, sino de todo el ordenamiento jurídico. Con cada impulso social se inserta un nuevo grado de reflexión sobre el texto constitucional, dando lugar a nuevas interpretaciones y síntesis, creaciones y recreaciones. Finalmente, se establece una red de relaciones que apalanca la fuerza normativa constitucional, haciéndola alcanzar una alta y verdadera significación jurídica.

La fe secular y no trascendental a la que aludimos anteriormente (evidentemente desprovista del carácter mesiánico) presupone una convicción compartida de ideas, interpretaciones y valores que hacen viable el imperativo constitucional. La sociedad necesita paradigmas firmemente establecidos (Gellner, 1996, p. 34), especialmente bajo los auspicios de la razón y el capital cognitivo arraigados en las capas más profundas. No existe un orden social saludable sin algunas normas racionales universalmente aceptadas y consideradas como una segunda naturaleza, que se imponen sin el látigo del miedo, de la coerción o de la superstición.

La idea de Derecho, simbolizada en su cúspide constitucional, si, por un lado, fortalece a los oprimidos, por otro lado, desarma a los posibles opresores. La fuerza que surge de esta creencia en el imperio del Derecho inquebrantable es toda espiritual e íntima, teniendo la autoridad de la idea reconocida como válida, verdadera y justa. Una sociedad organizada relacionalmente no puede prescindir de la ayuda de creencias y convicciones sobre la funcionalidad y legitimidad de sus instituciones fundamentales. Abolir por completo estas creencias ya asimiladas sería destruir la sociedad. Surgen surcos y rupturas cuando, por una razón u otra, estas convicciones se tambalean.

---

<sup>21</sup> Esto refleja además que la sociedad no es un actor pasivo de su propio encarcelamiento en la "jaula de hierro de la dimensión legal ubicua e invasiva" (Rodotà, 2010, p. 25).

La sociedad necesita reglas que establezcan deberes. Los deberes se presentan cuando existen reglas sociales que, naturalmente, los establecen (Dworkin, 2002, pp. 79-80). Estas reglas sociales surgen si se satisfacen las condiciones para su práctica. Estas condiciones se cumplen cuando los miembros de una comunidad se comportan de cierta manera; este comportamiento constituye una regla social e impone un deber. Supongamos que un grupo de creyentes sigue la siguiente práctica: a) todo hombre se quita el sombrero antes de entrar a la iglesia; b) cuando se le pregunta por qué se quita el sombrero, se refiere a la "regla" que lo obliga a hacerlo; y c) cuando alguien se olvida de quitarse el sombrero al entrar a la iglesia, es criticado e incluso castigado por otros. Por lo tanto, tenemos un deber y una aceptación tácita de ese deber por parte de la comunidad. *Mutatis mutandis*, la comunidad "tiene" una norma social que establece el documento fundamental como un imperativo a ser respetado, acogido y observado en todo momento<sup>22</sup>. Esta norma, al crear un deber, elimina la cuestión de si respetar o no la Constitución, en cualquier circunstancia, del ámbito más general de cuestiones que podemos debatir en función de lo que se recomienda que hagamos. La existencia de una regla social en este sentido es, por tanto, la existencia del deber, es simplemente una circunstancia fáctica.

Las dos fuerzas (de estabilidad y progreso) que animan las normas constitucionales están dirigidas y combinadas para enfatizar el imperativo constitucional en la conciencia de todos. Funcionan como una prueba de fuego para resaltar la energía constructiva del constitucionalismo, apoyado y sostenido por la fuerza colectiva. La regla social de obediencia a la Constitución es una de las muchas instituciones<sup>23</sup> no establecidas en las leyes o en la *suprema lex* que surge y se desarrolla naturalmente por su propio impulso, dentro de una comunidad determinada.

La definición del poder normativo de la Constitución dissociada de los mecanismos de defensa, de la hipótesis especular y de la convicción en el imperativo constitucional (como elemento subjetivo muy característico e imponderable) puede ser lógicamente correcta, pero racionalmente defectuosa. Establecer esta fuerza normativa inmanente sin apelar a instituciones y mecanismos externos sería como "levantarse tirando de las correas de las botas" —como dice la expresión inglesa *lift oneself by one's own bootstraps*— o actuar como en los cuentos del barón de Mückhausen, que logró retirarse del barro tirándose del cabello.

---

<sup>22</sup> La aceptación de estos estándares se da como expresión del orden, de la racionalidad, de la justicia y de la seguridad que presupone la *suprema lex*.

<sup>23</sup> En términos de historia política, una institución es simplemente una práctica establecida, el método habitual de lidiar con las circunstancias de la vida o las cargas del gobierno. Puede haber instituciones firmemente establecidas de las que la ley no sabe nada (Wilson, 1963, p. 12).

Evidentemente, no podemos confundir el orden lógico con el orden racional (Cournot, 1946, p. 60). El orden racional se refiere a la esencia de las cosas (consideradas en sí mismas), y debe ser la expresión fiel de las relaciones que tienen entre sí, en virtud de su naturaleza y su propia esencia. El orden lógico se refiere a la construcción de proposiciones (forma y lenguaje), y es un instrumento de pensamiento, traduciendo un enfoque artificial dependiente de determinadas creaciones de nuestro espíritu. Lo peculiar a la realidad, es decir, su fluidez, su dinamismo, su temporalidad, es inaccesible al orden lógico. En términos lógicos y geométricos, es correcto afirmar que la energía normativa de la Constitución proviene de ella misma; pero desde el ángulo sistémico, multirrelacional y práctico de las cosas, en términos racionales, el esquema para ser efectivo y factible depende de otras propiedades que están ligadas a la sustancialidad de la experiencia de la vida<sup>24</sup>. Tenemos, por tanto, una clasificación artificial, verbal y puramente lógica (fuerza normativa inmanente) y racional (teoría especular —o postulado de actualización— y convicción en el imperativo constitucional).

La aplicación de las normas jurídicas no es ni puede ser del todo lógica, requiere un cierto juicio moral. En el caso de las normas constitucionales, todavía hay un juicio político ineludible, ya que todas ellas están abiertas a la interpretación de toda la sociedad. De modo que el papel que juega la Constitución no es fácil de entender de inmediato por su ejecutor.

Si bien la Constitución, a través de los mecanismos creados por ella misma, logra autoconservarse (a través de su fuerza normativa relacionadamente extrínseca), no es capaz, mediante un proceso que podríamos llamar "autofecundación" (o autosuficiencia normativa), evolucionar y entregar siempre nuevas soluciones adaptadas al momento, ya que se carecerían de agentes externos capaces de proporcionar los estímulos (insumos) necesarios; faltaría "pautas que conecten". No es casualidad que cualquier persona afectada por la vulneración de un derecho o garantía garantizada por la Constitución tenga a su disposición un recurso judicial, mediante el cual el derecho pueda ser restituido (Schwartz, 1979, p. 197). Sin tal remedio, no tendríamos medios para asegurar la vigencia normativa de la Constitución o su postulado de actualización. La acción social (y/o institucional) es constitutiva de la existencia constitucional y tiene aplicación universal.

---

<sup>24</sup> La vida de la ley no puede ser lógica sino experiencia (Sowell, 2011, p. 156; Schwartz, 1979, p. 202). Sin embargo, la lógica debe seguir siendo uno de los puntos básicos de cualquier sistema de interpretación jurídica. Interpretar una parte de un documento —ya sea una Constitución, una ley ordinaria, un contrato o un testamento— de una manera que no sea lógicamente compatible con otras partes del mismo documento es, por decir lo menos, violar los cánones de interpretación sana y objetiva.

El desarrollo constitucional es dualista, determinado tanto por su fuerza normativa como por la teoría especular o de actualización (o incluso el "mecanismo de adaptación constante"). Cabe señalar, sin embargo, que la fuerza normativa es imposible de mantenerse sin la teoría especular, por lo que estas dos propiedades constitucionales pueden utilizarse de manera casi intercambiable, aunque designan distintas etapas de la evolución simétrica de la Constitución. No olvidemos que cada paso evolutivo o de desarrollo implica una adición de información a un sistema ya existente.

Ninguna constitución evoluciona cuando se lanza (o se retiene) en un vacío social: extrae energía de los estímulos externos (no siempre favorables a su estructura, como sucede con las "fuerzas desdemocratizadoras") y se fortalece en el exigente choque de fuerzas convergentes, superpuestas o antagónicas, con mínima fricción y desperdicio. Pero siempre busca su razón de estar en el lago común llamado "entorno social". El fundamento social de la Constitución es tal que, sin ella, sus mandatos caerían al vacío: se convertirían efectivamente en símbolos inútiles grabados en una hoja de papel. Si el documento fundamental estructura la sociedad, es, a su vez, moldeado por ella, a través de patrones que surgen de acuerdo con las circunstancias cambiantes de tiempo y de espacio. En última instancia, la sociedad proporciona los estándares a los que el contexto constitucional debe conformarse en última instancia, lo que da como resultado un producto social (en una especie de "simbiosis social") y un producto de su tiempo.

¿Y por qué la Constitución cambia (o evoluciona) a partir de un postulado de actualización externo a ella? Por la vivencia de cada día, reflexión y constante contraste con los hechos<sup>25</sup>. La realidad social es discontinua, con muchas rupturas, plural, dialéctica, en definitiva, dotada de una mecánica propia de equilibrio dinámico. Y para estabilizar este tejido, la *suprema lex* necesita desarrollarse continuamente, creando un esquema de posibilidades y un escenario normativo conectado o permeable al futuro, ya que la vida no termina en la pura inmediatez.

Sin reflejar los patrones dinámicos de cambio en el mundo social, ninguna institución es capaz de durar mucho tiempo. Todo hoy es variable, vertiginosamente variable. Las estructuras estáticas pertenecen al pasado. Y nada es absoluto en las cosas políticas o sociales, excepto la moral interior de esas mismas cosas (Barthou, 1946, p. 133)<sup>26</sup>. El movimiento por el cambio no es generado por la fuerza normativa de la *Lex per se*, pero naturalmente proviene de *inputs* sociales. Y así,

---

<sup>25</sup> Es a partir de estos contrastes y fricciones, de las acciones y reacciones de los individuos que se forma la conciencia social, donde el Derecho es un producto directo (Groppali, 1926, p. 66).

<sup>26</sup> El avance de la experiencia social imprime rasgos decisivos en la sociedad y se hace eco en la forma en que se interpreta y aplica la Constitución.

gana vida e impulso hacia el futuro, hacia la variabilidad, resolviendo los problemas que surgen, en una especie de actividad estructuradora.

Todos los mandatos constitucionales están siempre a punto de pasar de la posibilidad al acto concreto, de la potencia al *actus*, de hacerse realidad, pasando por el postulado de actualización y de los *inputs* que ingresan al sistema. A través de la teoría especular, el futuro se impone al presente o se hace presente. Sin actualización especular, la riqueza normativa constitucional se transforma en miseria, sus amplias miradas hacia el futuro se vuelven miopes, reaccionando solo al ahora, al próximo y a la casuística. Las posibilidades constitucionales necesitan tocar la realidad, a riesgo de volver a caer en el vacío formal de su pura normatividad.

Las nociones sobre nuestro entorno natural, social o individual no son definitivas: todas están en movimiento, todas son provisionales y están listas para ser reemplazadas o mejoradas en cualquier momento. Los conceptos, las ideas y los sistemas de ideas, los fines y los planes propuestos se renuevan constantemente, mientras que los que están en uso van revelando sus defectos y sus valores positivos. No hay un curso predestinado a seguir. Siempre es concebible que pueda surgir una nueva situación en la que nuestras ideas, por firmemente establecidas que sean, puedan resultar inadecuadas (Bunge, 1981, p. 33; Dewey, 1960, p. 167). Por tanto, propiedades como fluidez, plasticidad, adaptabilidad y actualidad ayudan a dar longevidad a un documento constitucional, convirtiéndolo en un "sistema de transformaciones" o "posibilidades" con tendencia a la perpetuidad.

La Constitución no se presta a ser un documento de una generación muerta que rija los destinos de una generación viva. Deja a cada generación de hombres la determinación de qué harán con su vida, cómo conducirán al futuro y cómo establecerán la búsqueda de la felicidad personal y colectiva. Cada generación desarrolla su propia teoría de la Constitución (y de la vida misma)<sup>27</sup>. La Constitución es un documento forjado para los vivos, no para los muertos. Esto se afirmó explícitamente en el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793: "Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de charger sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures"<sup>28</sup>.

Los ideales de libertad de generación en generación no se pueden fijar, dice Woodrow Wilson (1963, p. 6); cada uno siente la existencia de una manera particular y solo su concepción pue-

---

<sup>27</sup> Una generación es diferente a otra en su forma de ver y sentir. "Una generación se ríe de lo que hace llorar a la otra" (Amado, 1960, p. 169).

<sup>28</sup> Traducción libre: "Un pueblo siempre tiene derecho a revisar, reformar y modificar la Constitución. Una generación no puede someter a las generaciones futuras a sus leyes".



de ser la imagen amplia de lo que es. La libertad fijada por una ley inalterable no es libertad en absoluto. El gobierno es parte de la vida y, con la vida, tiene que cambiar, no solo las metas sino las prácticas; solo este principio debe permanecer inalterado: este principio de libertad, según el cual debe existir el derecho y la oportunidad más libres para adaptarse. La libertad política consiste en el ajuste que mejor se puede practicar entre el poder del gobierno y el derecho del individuo; y la libertad de cambiar el ajuste es igualmente importante para la facilidad y el progreso de los negocios y satisfacción ciudadana.

A todo estímulo o provocación, la Constitución ofrece una respuesta. Y cada respuesta (o decisión) exitosa (en el sentido de estabilizar las relaciones sociales) produce un nuevo desequilibrio<sup>29</sup> que requiere nuevos ajustes creativos (es más o menos como el método científico, en el que cada resultado es fuente de nuevas preguntas y nuevas preocupaciones), pero siempre con base en su contexto normativo (este parece ser el destino de todo instrumento político, produciendo unas inestabilidades que busca disolver). Todos los males sociales, o casi todos, son el resultado de desajustes temporales en su línea ascendente y evolutiva: se resuelve un problema, se presenta otro, y así el tejido social permanece vivo. La ganancia constante no consiste en una aproximación a la solución universal, sino en la mejora de los métodos y el enriquecimiento de las experiencias acumuladas (medios de evocar lo que ya ha sido y expectativas de lo que vendrá).

Los "desequilibrios" o "inestabilidades" ocurren porque el texto constitucional no es un espejo plano, liso y bien pulido, que refleja con objetividad inmutable la realidad que se encuentra ante él, dependiendo, para ello, del alcance cognitivo e interpretativo de sus aplicadores (no por casualidad, dijimos al principio de este ensayo, parafraseando a Thomas Jefferson, que "las normas valen lo que valen sus aplicadores"). Pero solo así, de problema en problema, de solución en nueva solución, el sistema constitucional se eleva y evoluciona, atrayendo la confianza de la sociedad e, ingeniosamente, ampliando sus límites normativos. Este postulado de actualización es un activo valioso para mantener la contemporaneidad (y, por tanto, la funcionalidad) del sistema constitucional, dividiendo el escenario con una ética del deber que conduce a una adhesión convencida al imperativo constitucional.

La elaboración y desarrollo de la Constitución están condicionados por la estructura histórica y social. El instrumento fundamental no está divorciado de su tiempo, camina lado a lado, en la plenitud de sus determinaciones variables, fluidas y concretas. Cada término general de la

---

<sup>29</sup> Un desequilibrio o un problema siempre establece un movimiento dialéctico de superación y perfección. "En la causación social la causa no siempre desaparece al producir el efecto, sino que generalmente permanece, siendo luego modificada por los efectos. Un sistema dado de educación puede modificar el régimen comercial de un pueblo y este último, a su vez, puede modificar el sistema de educación" (Cohen, 1956, p. 347).

Constitución llega a tener un significado tan diverso como la variedad de cambios que presenta la sociedad en ese momento. Una Constitución, como la estadounidense de 1787, por ejemplo, creada en la época de los carros tirados por bueyes y la comunicación telegráfica, necesita ser igualmente funcional en los tiempos actuales de extrema velocidad y perfil digital, así como las contingencias que presenta el tiempo futuro.

A través de sus mecanismos de control y equilibrio, el documento fundamental está siempre listo para atender las exigencias históricas, ya que el ámbito de la realidad que es la vida es esencialmente temporal y móvil. La lógica que guía una Constitución no es meramente formal o teórica, sino la lógica de lo real, de una realidad que se reproduce en un *perpetuum mobile*, ofreciéndose como universal y esencialmente dinámica. La mirada constitucional es hacia adelante, no hacia atrás; su espíritu es siempre el espíritu de la época<sup>30</sup> y la brújula que lo guía es la vida con sus infinitas y presentes exigencias.

Un sistema constitucional es, ante todo, sensible a los estímulos sociales, y responde a ellos, entregando normativas estabilizadoras que, en determinados momentos, dan un salto hacia el futuro<sup>31</sup>. Con los *inputs*, las normas constitucionales aparecen como la expresión última y terminada de la solución, pero se problematizan nuevamente en una etapa posterior. Estas problematizaciones posteriores dan cuenta del desarrollo constitucional, haciendo que cada nueva dirección descubra en ellas un nuevo factor normativo, capaz de contribuir a una realidad social superior. Es en este escenario de incertidumbres, aparentemente refractarias, donde se manifiesta con mayor claridad la fuerza normativa de las normas constitucionales.

Desde un punto de vista legal, no hay nada superfluo en una Constitución. Sin desperdicio ni inutilidad, siguiendo el axioma universalmente aceptado de que "no hay palabras inútiles en la ley". Todo tiene un significado y una meta. Este escenario indica, de manera determinista, su fuerza normativa. Sin embargo, si el sistema constitucional extrae su fuerza normativa solo del texto fundamental, corre el riesgo de cerrarse sobre sí mismo, esterilizarse, degradarse con el tiempo (por falta de estímulo de los *inputs*<sup>32</sup>) y perder el vigor de su complejidad interna. Termina siendo una flor estéril que no da fruto.

---

<sup>30</sup> Una norma constitucional no puede detener la historia (Rodotà, 2010, p. 51), no puede detener el tiempo. La "idea constitucional" es supratemporal, es decir, no está limitada por ninguna relación con el espíritu de una época. Es un título para valores absolutos y atemporales.

<sup>31</sup> Si la Constitución tiene alguna pretensión de "extratemporalidad", está vinculada a la capacidad de navegar por las posibilidades moldeadas por el futuro.

<sup>32</sup> Toda inspección, participación política o exigencia legal es un estímulo para cualquier Constitución y una fuente perenne de actualización.

Restringir la energía normativa de la Constitución a sus elementos normativos formales, además de ser una "falacia vital" (ya que presupone una creencia conveniente sin ningún atisbo de fundamento racional o empírico), implica un empobrecimiento inevitable y un desconocimiento de la realidad (decididamente polimórfica). Implicaría también convertir la Constitución en un objeto en sí mismo. Sin embargo, si esta deseada "autosuficiencia" normativa se complementa (o enriquece) con un sistema más complejo que genera interconexiones (*inputs/outputs*) o conecta pautas con la sociedad, gana elasticidad, fluidez, adaptabilidad y actualidad. Lo contrario es evidente, como ya se dijo: sin el postulado de actualización, la Constitución tiene su fuerza normativa disminuida o incluso destruida, terminando por convertirse en una "hoja de papel" o un "ruido sin sustancia"<sup>33</sup>. Es la alquimia de la decadencia. El valor o el significado fáctico, como dice Mario Bunge (1981, p. 11), asignado a los objetos formales (en este caso, la Constitución) no es una propiedad intrínseca de los mismos. La obediencia a la simple lógica jurídica interna de la Constitución sin referencia al contexto social puede vaciarla de sentido y alcance.

Por sí sola, suelta, sin ataduras, sin misión, sin mecanismos de defensa y sin flujo social (*inputs/outputs*), la Constitución no tiene sentido, ni fuerza normativa. Y nada más antinatural que una Constitución despojada de su "posibilidad esencial". Es como descartar un cuerpo, revelar un hueso puro y seco, un *caput mortuum*.

En el mundo legal, nada existe por sí mismo, ni tiene su propia causa. Ningún concepto puede determinarse de forma aislada. Todo es relacional: una cosa solo se puede definir (y realmente existir) en relación con otras o mediante una cadena de conexiones. El pensamiento en sí no es más que buscar estas conexiones. La hermenéutica jurídica revela bien esta trama. Nada tiene sentido si no se ve o no se sitúa en algún contexto (Bateson, 1997, p. 25; Cournot, 1946, p. 106; Bunge, 2017, p. 353; Wagensberg, 1989, p. 46; Cassirer, 1985, p. 46; Schelling, 1950, p. 43)<sup>34</sup>. No es diferente con la Constitución, instrumento jurídico fundamental del Estado, que no puede manifestarse plenamente si no está vinculado o conectado con otros medios. Así, la autosufi-

---

<sup>33</sup> Sin el lastre social, hay una especie de "entropía constitucional", en la que la *suprema lex* se esteriliza y pierde funcionalidad, dejando de crear posibilidades para consumirlas.

<sup>34</sup> La realidad, como dice el astrofísico vietnamita Trinh Xuan Thuan (2018, p. 317), es el resultado de la participación de un número ilimitado de condiciones y causas que cambian sin cesar. Los fenómenos no son nada en sí mismos. Obtienen su naturaleza de la dependencia mutua. La realidad no puede considerarse fragmentada y localizada: está interconectada y debe ser aprehendida como un todo. El mundo, finalmente, se presenta como un conjunto de cosas interconectadas. El "todo no es más que el resultado de estas relaciones" (Piaget, 1979, p. 11). En la misma línea F. Capra (1982): "El mundo se presenta, por tanto, como un complicado tejido de acontecimientos, en el que se alternan, superponen o combinan conexiones de diversa índole, y de esta manera determinan la textura del todo" (p. 75). Hace muchos siglos, F. Bacon (Nicol, 1989, p. 72) ya advirtió que la razón humana da una firmeza sustancial a las cosas que son fluidas.

ciencia normativa de la Constitución amenaza con anularla, en lugar de exaltarla, si no es seguida por mecanismos institucionales que aseguren su observancia y cumplimiento (subrayando su supremacía). Sin estos medios, la *lex* es un vasallo y un rehén de sí mismo.

La fuerza normativa y la actualización institucional/social, aunque son elementos separados, se conectan y son modelados entre sí en un marco multirrelacional. Como la naturaleza, una Constitución solo puede construir (evolucionar, progresar) sobre lo que ya existe, sobre una estabilidad intrínseca. No existe ni progresa por sí misma, egocéntrica en su texto normativo o introspectivamente, sino en la relación que se establece con la sociedad constituyente (y sus múltiples actores), donde se enraiza lo suficientemente profunda como para resistir tormentas políticas. Por tanto, una Constitución se basa en realidades y conduce a realidades, destacando su aspecto objetivo.

En un contexto social, acogedor o refractario, una Constitución tiene un significado amplio o poco valor. Por tanto, no solo el texto en sí, la palabra aislada y la regla escrita en el papel, tienen valor o fuerza, sino el contexto en el que se insertan y por el que deben actuar. La palabra "contexto" es una palabra adecuada, necesaria, para aclarar o fijar el valor, significado, sentido y peso de una Constitución, como fenómeno jurídico y político de una sociedad determinada.

Cuando reducimos la Constitución a una fuerza normativa fundamental e intrínseca, perdemos la capacidad de comprender las actividades coordinadoras del sistema constitucional en su conjunto. Pasamos por alto la existencia de otros ingredientes que, juntos y relacionadamente (o contextualmente), dan cuenta de esta energía normativa imperativa.

La energía normativa de la Constitución goza, en el actual contexto constitucional, de un grado máximo de "asertividad garantizada"; es indiscutible y necesario dotar al paquete de normas de supremacía y esencialidad (y no un conjunto de sermones morales lanzados a oídos sordos), pero esta fuerza no se genera por el simple movimiento alrededor de su eje normativo; no es auto-irradiado ni egocéntrico. Su esencia y durabilidad no son simplemente atributos endógenos. El factor de validez de este conjunto de normas y productor de su energía jurídica no es una norma hipotética y metafísica fundamental no histórica o extrahistórica (resultante de un legislador ideal o cualquier otra entidad política, económica o filosófica ficticia), sino el pueblo (dueño del poder originador, el verdadero legislador racional) y sus múltiples —y siempre renovadas— demandas individuales, comunitarias y sociales.

La NHF (norma hipotética fundamental) es la "nada metafísica" que lleva consigo el estigma de la contradicción interna. De la nada no sale nada (*ex nihilo nihil fit*). La norma puede ser irreducible al hecho (como afirmó Kelsen), pero su aplicación no lo es. La estructura jurídica en forma

de red algebraica falla en su cúspide, en la norma que fundamenta la legitimidad del conjunto y, en particular, de la Constitución. ¿A qué adherirse la "norma fundamental" si no resulta del acto de "reconocimiento" mediante el cual los sujetos, por derecho, le confieren su vigencia? (Piaget, 1979, p. 86). La ciencia jurídica está preñada de abstracciones de este tipo (y el peso de estas nociones metafísicas contribuye a cierta confusión en su lenguaje), pero en torno a esta última y fundamental abstracción ya se anunciaba una futura crisis del positivismo jurídico.

Sin el vector de las personas, la comunidad o la sociedad, como poseedores del poder originario, falta la justificación racional y moral de la existencia del orden jurídico y de la aspiración a la justicia social. Sin esta realidad como telón de fondo de las instituciones públicas, la idea de justicia no sería más que una abstracción para el deleite de los teóricos y no un hecho histórico que impregne el orden real. No se puede negar, por tanto, la relación que se establece entre la teleología humana y la etiología jurídica. Por un lado, tenemos el sentimiento permanente de justicia y, por el otro, un concepto variable de lo justo; hay voluntad social y una acción individualista y arbitraria del Estado. Todo parece conducir a fines (sociedad) y medios (Estado e instituciones).

La fuerza normativa no aparece *ex nihilo*, sino en virtud de una construcción histórica que conjuga mecanismos de defensa, postulado de actualización y fe colectiva (e institucional) en el imperativo constitucional. Como esta fuerza especial es una noción que solo se puede definir en relación con estas tres variables, no tiene realidad propia (es una ficción fecunda, como tantas otras creadas por entusiastas seguidores del positivismo jurídico). Y más: la fuerza normativa surge cuando las variables referidas se hacen efectivas (tenemos, entonces, un máximo de fuerza normativa, la medida de las medidas). Así que, faltándolos todos, no hay fuerza; si falta uno u otro, su alcance se reduce (tenemos un mínimo de fuerza normativa).

El "verde árbol de la vida" es muy superior a la "teoría gris". *Res non verba* ("acciones y no palabras"). Así, la fuerza normativa constitucional radica en la acción (interpretación, aplicación, mutación, etc.) y no en el formalismo y virtuosismo de la palabra encarcelada<sup>35</sup>. Es posible afirmar que la Constitución actualiza su fuerza normativa a través de los *inputs* sociales (y políticos) y a través de su relación múltiple con otros mecanismos. Por tanto, la verdadera noción de sustancia constitucional se extrae de la acción y de la vida "desigual, irregular y diversa", situada fuera de su contexto normativo puro. Esto opera un esquema fundamental que se está llenando de

---

<sup>35</sup> "La vida no se rinde al derecho, no se deja utilizar. Puede padecerlo, puede favorecerlo o acompañarlo, puede quedar apresada en su jaula simbólica, puede incluso ser aniquilada, pero sigue manteniéndose ahí como testimonio de que hay algo que está siempre más allá del derecho, que es capaz de establecer en todo momento su límite" (Rodotà, 2010, p. 66).

contenido siempre nuevo a medida que los *inputs* conducen a la aplicación e incidencia constitucional.

Sin este apoyo social, la Constitución no puede ir más allá de sus raíces. Pero una cosa no excluye a la otra (de hecho, se complementan, se correlacionan, se interconectan): la fuerza normativa de la ley fundamental y su postulado de actualización. Hay una coevolución del sistema constitucional y la sociedad: es una relación que se refuerza a sí misma. Los aportes de la sociedad enriquecen el espíritu constitucional y los productos constitucionales consolidan los cambios sociales. Pero el sistema es mucho más lo que entra y lo que sale<sup>36</sup>, y lo que queda es la estructura normativa dotada de efectividad potencial.

Sólo el pueblo —esta especie de "arma definitiva"—, ya sea en estabilidad o en momentos de profunda crisis —a través de su poder constituyente, electivo, fiscalizador o de resistencia— tiene el derecho innegable, inalienable e irreversible de cambiar, modificar o reformar las bases de la estructura política fundamental cuando su protección, seguridad, prosperidad y felicidad así lo requieran<sup>37</sup>. El pueblo siempre será el mejor guardián de sus propias libertades (además de ser el juez de su propia causa y responsable de su destino) y, por regla general, el más confiable, porque como reconoce el sentido común, "el pueblo sabe dónde aprieta el zapato y cuáles son los agravios que más pesan sobre él".

Cuanto más expuesto está el ejercicio del poder político a innumerables tentaciones, más poderosos motivos deben darse a quienes tienen la tarea de combatirlas. En este sentido, la vigilancia pública es la más constante y universal de todas las que tienen esta función. El público forma un tribunal cuyo valor supera a todos los demás juntos (Bentham, 1991, p. 72). Es posible que sus decretos sean despreciados o que sus opiniones sean vistas como fluctuantes y divergentes, destruyéndose entre sí; pero este tribunal, aunque susceptible de error, es incorruptible, aspira incesantemente a la educación, detiene toda sabiduría y justicia de una nación.

El sentimiento popular, ya sea de aprobación o de censura, es un factor básico para influir definitivamente en las instituciones y las decisiones. Entre las instituciones democráticas hay una especial sensibilidad a este sentimiento (o miedo a la "gran bestia"), una tendencia al respeto del humor social y al constante sometimiento a la prueba de legitimidad. Cuando se manifiesta (a

---

<sup>36</sup> La estructura de lo que entra (*demanda*, *input*) debe reflejar de alguna manera la estructura de lo que sale (*decisión*, *output*). La Constitución, al emitir el *output*, metaboliza las novedades derivadas de la dinámica social, consolidándose como parte dinámica del cambio social.

<sup>37</sup> El pueblo puede cambiar la Constitución, pero mientras exista y cumpla sus funciones de estabilidad y variabilidad, el pueblo debe cumplir con sus determinaciones.

través de marchas, manifestaciones callejeras, etc.) la acción colectiva refleja un poder incapaz de ser contenido.

Una Constitución, como todo artefacto humano, es necesariamente imperfecta (no existe un medio cien por cien efectivo para evitar los inconvenientes en los asuntos humanos), pero está dotada de perfectibilidad<sup>38</sup> a través de debates, luchas, dificultades y vigilancia constante (el proceso creativo del Derecho, en sí mismo, implica lucha y confrontación que forman parte de un contexto más amplio de cooperación). El entorno social y su dinámica ejercen una presión selectiva persistente sobre la actualidad de las normas constitucionales, indicando su dirección evolutiva y su mutabilidad esencial.

El control público y la exigencia de rendir cuentas al verdadero soberano (pueblo) imprimen nuevos matices en el edificio constitucional. Los conflictos y contradicciones propios de una sociedad móvil, diversificada y anónima encuentran mejor resolución en los mecanismos de un sistema apalancado en un equilibrio dinámico (radiación normativa + vitalidad social) que en decisiones rígidas guiadas por el formalismo jurídico muy tradicional.

La realidad constitucional, por este lastre social que le da vida y dinamismo, se presenta en capas más que en superficies planas y definitivas, reuniendo en un sistema (el sistema constitucional) propiedades de las que carecen sus partes o componentes. El sistema constitucional, por ejemplo, es abierto y fluido a una interpretación evolutiva, mientras que el texto constitucional (en sí mismo, en su formato semántico y normativo) presenta un formalismo geométrico. El texto constitucional no lo cubre todo, hay mucho fuera de él, pero dada su plasticidad, se puede ampliar su alcance. Un ejemplo de ello son los derechos fundamentales y la cláusula modificatoria prevista en el artículo 5, §2 ("Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil es parte").

Un sistema constitucional es un sistema abierto y vivo. Las expectativas, necesidades e intereses fluyen hacia él (*inputs*), mientras que las decisiones racionales y los mandatos fluyen hacia afuera (*outputs*). Hay vaguedades en la Constitución que deben completarse; contradicciones que desafían la precisión; exageraciones que requieren moderación; y todo esto comienza a girar en un flujo interminable de actualizaciones (curso inconcluso)<sup>39</sup>. Este fluir constante revela la asom-

---

<sup>38</sup> Una de las grandes virtudes de la Constitución no es su supuesta perfección, sino su perfectibilidad. Y por eso alberga un ingrediente de cambio que no se puede eliminar.

<sup>39</sup> En términos técnicos, esto se denomina sistema abierto (llamando la atención también sobre la "textura abierta" de las disposiciones constitucionales) (Hart, 2009, p.175).



brosa capacidad que tiene el sistema constitucional para mejorarse, para evolucionar y atravesar el tiempo (para durar, por fin). Evolución que tiene lugar a la luz de la reflexión y de la experiencia extraídas de un *locus* social a través de un conducto institucional.

En torno a una Constitución escrita, señala Woodrow Wilson (1963, pp. 18-19), se desarrolla un conjunto de prácticas que llegan a modificar las estipulaciones escritas del sistema de muchas formas sutiles, convirtiéndose en un instrumento de opinión para efectuar una transformación lenta. Si no fuera así, el documento escrito se convertiría en una prenda demasiado rígida para un organismo vivo. De esta manera especial, las instituciones son criaturas de las opiniones y prácticas habituales de la gente. El pensamiento de cada hombre es parte de la sustancia vital de las instituciones. Al cambiar su forma de pensar, las propias instituciones pueden cambiar. Por eso la ciudadanía es tan responsable y solemne.

Al integrar un sistema abierto, la Constitución se encuentra evidentemente en un estado de fluidez, es una Constitución viva (en la expresión de Bagehot, una “living Constitution”). Las normas, conceptos y principios se configuran para gobernar situaciones dispares que surgen con el tiempo, compatibles con el paradigma irregular de la sociedad posmoderna<sup>40</sup>. Al mismo tiempo, lo único que se puede decir con seguridad es que estamos atravesando un tremendo desarrollo evolutivo, destinado a producir cambios en la defensa de los derechos constitucionales tan profundos como los que ocurrirán en la sociedad en general (Schwartz, 1979, p. 218). Como sistema abierto, el derecho constitucional logra sobrevivir y atravesar todas estas inestabilidades producidas.

La Constitución es más constructiva que un reflejo pasivo de la sociedad; implica la creación de alternativas racionalizadoras, que van más allá de lo establecido y de las demandas momentáneas del entorno social. Así, son propiedades fructíferas de una Constitución: fluidez (capacidad para afrontar nuevos problemas), plasticidad o elasticidad (capacidad de evolucionar), adaptabilidad (ampliar y contraer estándares constitucionales para satisfacer las demandas móviles de la sociedad), coherencia (libre de contradicciones insuperables<sup>41</sup>), integridad (libre de lagunas) y actualidad o contemporaneidad (dada la continua interpretación y reinterpretación de nuevos hechos a través de mecanismos creados).

---

<sup>40</sup> La Constitución presenta normas con significados suficientemente amplios y elásticos para permitir la actividad a la vida y a las circunstancias (Wilson, 1963, pp. 45-146). No es un simple documento legal, que puede leerse como si fuera un testamento o un contrato. Es, por necesidad, un vehículo de vida.

<sup>41</sup> Todos los derechos constitucionales deben someterse al requisito de que todas sus partes sean mutuamente coherentes, y coherentes en sí mismas.



### 3. FUERZAS ANTIDEMOCRÁTICAS Y EL IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

Los aplicadores sin compromiso con esta cultura de respeto y sumisión no se apartan de las violaciones constitucionales que favorecen sus propios intereses (*sinister interests*) y sus manipulaciones de corto alcance. Intereses derivados tan bien defendidos que se convierten en obras maestras de la astucia. Estos intérpretes/aplicadores parecen tener el poder de renunciar a todas las reglas y obligaciones de la moral, en el momento en que interpretan las disposiciones constitucionales como les plazca y las aplican según sus propias métricas; individuos para quienes no hay otro centro en la vida que el interés propio, las tradiciones espurias y las circunstancias accidentales. Pero esta no puede ser una razón para desanimarse de la fe en el imperativo constitucional. Se sabe que todo régimen de libertad proporciona a los instintos malignos de la naturaleza humana un mayor número de medios para manifestarse<sup>42</sup> (Croiset, 1918, p. 226) y que en todas las cosas humanas se ven luces y sombras. Fuerzas contrarias a la Constitución siempre existirán y siempre estarán al acecho, pero el factor decisivo no está en este desempeño desastroso o expectativa de acción, sino en la capacidad de las instituciones fundadas por el texto fundamental para resistir e imponerles límites. Después de todo, las reglas solo se rompen cuando podemos hacerlo con impunidad.

Si todo lo que sirve para hacer posible la democracia es realmente democrático, por el razonamiento inverso, todo lo que trabaja para hacer imposible la democracia se caracteriza como una fuerza desdemocratizadora. En un escenario en el que la mayoría no tenga o tenga poca convicción en el imperativo constitucional, los peores (constituidos en minoría) serán los únicos capaces de sentir (y de liderar) intensamente estas fuerzas desdemocratizadoras de las que hablamos.

Estos instintos malignos ("fuerzas desdemocratizadoras") existen antes, durante y después de cualquier régimen constitucional y democrático, pero la libertad democrática crea un contraste que los hace destacar a la luz del día. La publicidad desbloquea el papel de las fuerzas democráticas conservadoras, obligando a los "oficiantes del misterio" a someterse a las formas previstas por la ley.

Los leones no se unen con telarañas o hilos de seda. Para hacer frente a estas energías desdemocratizadoras, es necesario apelar a la fuerza normativa de la Constitución, debidamente sustentada en una fiel aplicación. Un estándar fuerte no sirve de nada si no se aplica de manera

---

<sup>42</sup> Una sociedad democrática está más predispuesta que otras sociedades al reconocimiento de una pluralidad de valores. También es más vulnerable que otras sociedades, debido a los conflictos potenciales y latentes en tal pluralidad (Hook, 1964, p. 128).

efectiva. Control y equilibrio son palabras fundamentales para un gobierno sano y duradero. Este binomio tiene en una constitución republicana su *locus* de garantía y protección, y a través de él se preserva el proceso democrático y la autoridad.

Bajo la influencia de este imperativo constitucional, el intérprete y el aplicador de la norma fundamental están obligados a tener un alto grado de devoción, y no pueden cumplir su misión si no creen en ella con pasión y firmeza. Esta "devoción" es necesaria como condición previa esencial para diversas actividades sociales, como los estudios filosóficos, las investigaciones científicas y para el desarrollo normal de la vida.

#### 4. CONSTITUCIÓN Y RESTRICCIONES AL PODER DE LA MAYORÍA

Una función básica de la Constitución es extraer ciertas decisiones del proceso democrático (político) o condensar factores objetivos de poder en sus entrañas. Es precisamente por eso que la ley fundamental no obedece a una tradición rutinaria (*wisdom of our ancestors*), sino que evoluciona como organismo vivo ("living Constitution") *pari passu* con el movimiento social perpetuo. Un sistema constitucional puede ser teóricamente bello, enteramente geométrico, pero siempre será un sistema muerto y entrópico si no se alimenta de las siempre nuevas demandas y experiencias de la vida<sup>43</sup>. En este sentido, hay ciertos temas que, por su altísima relevancia, se extraen de las vicisitudes de la política destructiva y se colocan fuera del alcance de mayorías cambiantes y del cuerpo burocrático (con la subcultura siempre presente de la corrupción lateral), y se consagran como principios que deben respetar los tribunales (las llamadas "cláusulas pétreas"). El derecho de toda persona a la vida, a la libertad y a la propiedad, a la libertad de expresión, a la libertad de prensa y otros derechos fundamentales no pueden someterse a votación: no dependen del resultado de ninguna elección, ni del estado de ánimo de las mayorías o minorías empoderadas, ni la unanimidad de los ciudadanos.

Los derechos fundamentales no nos pertenecen como miembros de una determinada comunidad política, sino como seres humanos, y por tanto, las cláusulas de piedra se erigen como una barrera contra el autoritarismo público y la arrogancia privada (Rodotà, 2010, pp. 27-36). Para defender la "humanidad" del Derecho y protegerlo del riesgo de que se convierta en un instrumento de agresión contra el hombre, las constituciones renuncian a su característica apertura a

---

<sup>43</sup> La humanidad con su multiplicidad de formaciones siempre nuevas, sus luchas y sus experiencias siempre nuevas, con el descubrimiento de nuevos valores y propósitos, avanza cada vez más (Husserl, 1962, p. 59).

posibles cambios futuros y tratan de distanciar el Derecho de las vicisitudes de la historia, señalando, una vez y para todos, ciertas áreas en las que el Derecho nunca debe penetrar<sup>44</sup>.

Las cláusulas de piedra constituyen un mecanismo jurídico para equilibrar el poder absoluto contenido en eventuales mayorías (Przeworski, 2010, p. 245; Adams, 1964, p. 180); implican un reajuste de los límites entre política y derecho. La mayoría tiende a vacilar de un día para otro y a oscilar como un péndulo de un lado a otro. Estrictamente, el núcleo duro de la Constitución tiene por objeto impedir que la voluntad del pueblo, en cualquier momento, alcance o ascendencia libre o arbitraria.

La democracia no es el dominio absoluto de la mayoría del momento<sup>45</sup>, ni es un escenario adecuado para el otorgamiento de poderes ilimitados. Todo tipo de experimentos demuestran que un gran número de individuos oprime a muchos otros individuos; los partidos a menudo, si no casi siempre, oprimen a otros partidos y a las mayorías, casi universalmente, a las minorías. Todo lo que esta observación puede significar, en relación con cualquier apariencia de los hechos, es que el pueblo nunca acuerda unánimemente oprimirse a sí mismo. Pero si un partido accede a oprimir a otro, o la mayoría a la minoría, entonces la gente se oprime a sí misma, porque una parte de ella oprime a la otra.

De hecho, hay algunos individuos cuyas vidas y cuyas narrativas demuestran que, en cada pensamiento, palabra y acción, respetan conscientemente los derechos de los demás. Hay un grupo aún mayor que en el contenido general de sus pensamientos y acciones revela principios y sentimientos similares y que, sin embargo, se equivoca con frecuencia. Si, sobre la base de esta evidencia, admitimos que la mayoría de los hombres están bajo el dominio de la benevolencia y las buenas intenciones, debemos confesar que la gran mayoría comete transgresiones con frecuencia; y lo que duele más directamente, no solo la mayoría, sino casi todos, confinan su benevolencia a sus familias, sus parientes, sus amigos personales, su aldea, su pueblo, y pocos la extienden de manera imparcial a toda la comunidad humana. Acepta esta verdad, la cuestión está decidida (Adams, 1964, pp. 133-134). Si una mayoría es capaz de preferir sus propios intereses privados o los de sus familias, sería más sabio tener en la Constitución ciertos derechos in-

---

<sup>44</sup> Pero para quienes no confían de manera creíble en las buenas intenciones terrenales, hay algunas preguntas (Rodotà, 2010, pp. 36-49): ¿estamos ante una nueva técnica jurídica o ante una nueva delimitación del territorio de derecho? Además, en el momento en que la constituyente parezca estar imponiendo sus propios límites, ¿no estará incurriendo en una manifestación extrema de omnipotencia, con la indicación de una serie de materias cuya forma jurídica debe ser determinada irremediablemente y, por tanto, impuesta en forma absoluta a la organización social? ¿Estamos ante la máxima garantía o la máxima expropiación?

<sup>45</sup> El dominio absoluto de una determinada mayoría acaba siendo dominio absoluto del jefe de la mayoría.

munes a los estados de ánimo de la mayoría a su vez y que se extienden al bien público y a todos sin distinción, sin apelar a consideraciones privadas y parciales.

## 5. EL SENTIMIENTO DEL PREDOMINIO Y SUPREMACÍA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: EL IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

En el pasado, el ámbito del Derecho era casi residual en relación con la religión, la ética, las costumbres sociales y la naturaleza. Actualmente, todos estos ámbitos están colonizados por el imperialismo legal, con el instrumento constitucional en su cúspide.

El constitucionalismo se apodera del ámbito que antes estaba reservado exclusivamente a la religión, las creencias y los tabúes primitivos. La narrativa sufre un cambio profundo, antes traducida a un estilo fantástico y sobrenatural, pasa a un discurso racional, obedeciendo a los cánones de la lógica interpretativa y, más recientemente, a la ponderada razón democrática. La "religión de la legalidad", de los cánones constitucionales, en la que el pueblo expresa sus impulsos a través de instituciones creadas por el sistema constitucional.

En efecto, es una cuestión de religión que hay que hablar, de hecho, si queremos expresar que el respeto a la ley debe dominar a los hombres y unirlos en un mismo sentimiento (Pécaut, s.f., p. 209). Cualquiera que sea la ilegalidad, siempre es la aceptación del reino de la injusticia, de la arbitrariedad. Si se generaliza por imitación, no hay causa más activa de decadencia moral y material para un pueblo.

Un sistema constitucional que no despierta ni fomenta una creencia fundamental en el valor de su observancia y respeto —una especie de *catecismo constitucional*— termina por no establecer las condiciones necesarias para el valioso equilibrio entre variabilidad (por progreso gradual) y estabilidad en la sociedad. Gran parte de su fuerza normativa se pierde en ausencia de esta creencia fundamental. El verdadero gobierno de los hombres no se ejerce simplemente por leyes, sino por los valores que defienden y que gobiernan sus vidas e inspiran sus leyes.

Un pueblo que cree en la virtud de la suprema fuerza vinculante de las normas constitucionales está dispuesto a reconocer su valor y depositar su obediencia a su justa aplicación, legitimando, arrastrando, todo el ordenamiento jurídico y el propio sistema de gobierno. La comprensión de la dignidad del ser humano descansa, en términos legales y en última instancia, en los artículos, incisos, párrafos y apartados de la Constitución. Incluso en el fracaso o en la derrota, es fácil consolar cuando se sabe que el deber, que surge de la ley superior, se cumplió hasta el final, permaneciendo fiel a las tradiciones y valores constitucionales.

Este vivo sentido de libertad, extraído de las certezas conferidas por la cultura del respeto constitucional y la acumulación de verdades interesantes (y nobles), eleva a los ciudadanos por encima de ellos mismos, inspirándoles un ardor de obediencia completamente nuevo, ni fruto del libre albedrío ni de la pura fuerza, pero de una voluntad libre, lúcida y razonable, solo alcanzable cuando se une en una comunidad que persigue un valioso propósito común. Ante circunstancias conflictivas, se muestran iguales y cada uno, feliz de luchar por su propia libertad y sus derechos depurados a la luz constitucional, se revelan dispuestos a hacer todos los sacrificios. En la lucha política uno no puede cosechar beneficios sin enfrentar riesgos (Barthou, 1946, p. 27). Este espíritu resiliente solo se logra cuando las personas perciben, en el fondo, un sometimiento generalizado a la fe constitucional por parte de las instituciones públicas, especialmente aquellas predisuestas a ser los primeros baluartes de garantía (los guardianes constitucionales).

Esta "fe constitucional" no puede visualizarse solo desde la mirada central, requiere una mirada periférica o tangencial, ya que la Constitución extrae su fuerza de elementos de actualización que se encuentran en la sociedad (y no en su propio cuerpo formal, dado su carácter evolutivo y mutable de estos elementos de actualización). Formalmente, el texto constitucional puede incluso ser geoméricamente bello, teóricamente robusto, pero será una construcción muy débil si no está reforzada por la sustancia de la vida social, por sus *inputs*. El eterno fluir de las cosas desprecia los productos sin conexión esencial con la vida múltiple, derivados únicamente de concepciones arbitrarias e incompletas de la realidad. Por tanto, la fe constitucional es la coronación de un edificio diverso, tentacular y evolutivo, que en su extensión, amplitud y profundidad debe ser captado y sometido a un análisis constante.

Es necesario entender, desde esta perspectiva, que la Constitución es un fenómeno histórico y cultural, y como tal evoluciona y avanza en el tiempo, aunque su letra se mantenga intacta. Y avanza a través de impulsos múltiples y aparentemente conflictivos, pero que terminan siendo cooperativos en el gran proyecto del constitucionalismo. Sin la *vis attractiva* constitucional, los deseos, impulsos y propósitos se moverían ciegamente en todas direcciones y no llegarían a ninguna parte. Serían un puro gasto de energía, sin orden ni concierto<sup>46</sup>.

Si el sentimiento de predominio y supremacía irresistible de las normas y principios constitucionales no encuentra terreno fértil para extender sus raíces y nutrir la cultura jurídica de un país, en constante expansión, se abre un amplio camino para la disolución de todo el orden político

---

<sup>46</sup> Es una de las paradojas de la vida en una sociedad libre, que acciones de una naturaleza aparentemente tan destructiva, por el contenido del conflicto inherente, pueden resultar en un acto de creación, de contribución a la gran obra constitucional.

y social<sup>47</sup>, por una guerra de todos contra todos, por un estado de cosas en el que solo el puro egoísmo y el interés propio tengan la última palabra. En el peor de los casos, esta cultura ayuda a medir la resiliencia del sistema legal en relación con los movimientos (y contramovimientos) que tienden a perturbarlo o desestabilizarlo.

El sentimiento más o menos fuerte de esta cultura constitucional puede generar un círculo virtuoso o vicioso; así, cuanto mayor sea el respeto y la reverencia por las normas fundamentales, más perfecto será el orden social, y cuanto menor sea el sentimiento de predominio constitucional, más frágil será el orden resultante. Además, en un entorno social o institucional compuesto por individuos o agentes de fuerte personalidad autoritaria (cuyas posiciones legales se imponen arbitrariamente y según categorías rígidas), un sistema de gobierno popular tiene muchas dificultades para sobrevivir y prosperar.

La observancia institucional constante y lineal de los estándares constitucionales establecidos, poco a poco, crea una cultura de respeto a la Constitución que penetra, por infiltración continua, en las capas profundas del pueblo. Y esto hace que estas personas experimenten una forma de libertad más poderosa, derivada de la certeza de los límites y restricciones que se imponen a todos. Una vez abierto este camino, es fácil penetrar en el pensamiento popular, bañándolo en educación moral y política. No sería prudente generalizar esta observación para convertirla en una ley rigurosa de aplicación universal, con la esperanza de obtener los efectos deseados.

La falta de afecto o el descarado desprendimiento de las fórmulas constitucionales se manifiesta bajo dos prismas: 1) la oposición al contenido real de las disposiciones constitucionales (que genera, por ejemplo, la paradoja de la superioridad de la ley sobre la Constitución); 2) uso de determinados derechos previstos en la Constitución de forma contraria al verdadero sentido que presentan. Cabe señalar que, en términos de la realidad jurídica brasileña, la desafección constitucional es parte de un espectro más amplio de crisis de algunos conceptos esenciales de la dogmática jurídica: rigidez constitucional, certeza jurídica, irretroactividad de las leyes, principio de legalidad, etc.

Una de las funciones del ordenamiento jurídico es trazar límites claros al desempeño de sus instituciones. La claridad es inmanente al poder delimitador del Derecho y está vinculada a su concepto de compartimentación de la libertad. Si existe un cuadro de derechos fundamentales inscrito en la Constitución, existe el correspondiente deber de sus instituciones de cumplirlo y

---

<sup>47</sup> “Un Estado cuyas leyes son mal cumplidas y donde prevalece la desobediencia civil endémica es un Estado enfermo en proceso de descomposición” (Polin, 1976, p. 63). Perder la confianza en la supremacía de las normas constitucionales es un asunto muy serio, ya que cuestiona el propio sistema de gobierno.

velar por su cumplimiento en cualquier situación. Solo en este sentido tendremos una cultura de supremacía constitucional efectiva. La Constitución es solo ficción cuando se la ve, por una razón u otra, como un "castillo de arena" o una representación abstracta de un ideal lejano.

Es importante señalar, con realismo, que la Constitución, si bien contiene un cuadro extenso de derechos fundamentales, no cuenta con una fórmula capaz de elegir uno, frente a valores contrapuestos. Valora tanto la libertad de expresión como el derecho a la vida privada en un mismo espacio normativo. No nos dice, sin embargo, cuál de los dos derechos tiene prioridad cuando chocan. Expresa los valores que servirán de guía en la aplicación de las normas y prohibiciones generales. Pero de ninguna manera formula pautas de prioridad específicas cuando estos valores, reglas o prohibiciones entran en conflicto. La Constitución, como toda obra humana, es falible y tiene sus limitaciones (Hook, 1964, p. 54), y no importa cuántas veces se modifique, no es un documento de receta sobre cómo mezclar o equilibrar ingredientes individuales.

En todo caso, los límites trazados por el ordenamiento jurídico, teniendo en su cúspide la ley fundamental, confieren unidad y definición a la comunidad nacional contenida en el ámbito del Estado. Pero es necesario advertir que un país, una nación, un pueblo, no solo está cosido por una Constitución, un sistema legal e instituciones políticas adecuadas. La cultura no puede confundirse con las instituciones; la cultura de un pueblo es más que la suma de sus instituciones políticas, jurídicas o económicas.

La Constitución normativamente dispuesta, cuando no es fortalecida por otros aspectos de la sociedad, se restringe realmente a la calidad de una exhortación superior. Tal vez no sea posible enumerar en un estudio tan breve los requisitos previos de un Estado de derecho<sup>48</sup> o una democracia estable, pero ciertamente la reverencia por el dominio constitucional es una de las más importantes. Si un determinado pueblo no tiene una cultura constitucional o la tiene en versión frágil, no atribuyéndole la importancia debida a la Constitución y no pudiendo entenderla como norma suprema y estable (y dotada de fuerza estabilizadora), hace de la democracia principio inviable o crea una peligrosa fisura en el Estado de derecho.

La implantación y estimulación de tal cultura o sentimiento, que no es tan difícil de conseguir como se podría imaginar, contribuirá a poner fin a cualquier conflicto suscitado por motivos egoístas entre los intereses de los individuos, la sociedad o el Estado, reduciendo la causa princi-

---

<sup>48</sup> Se derivan lógicamente del Estado de derecho: estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, afirmación de los derechos humanos fundamentales, existencia de legislación para la personalidad jurídica, responsabilidad de la Administración Pública y control jurisdiccional de la legislación (Díaz, 1972, pp. 29 y ss.).

pal de delitos, vicios, arbitrariedades<sup>49</sup> y privilegios. El refinamiento de esta cultura proporciona una poliarquía (gobierno de la mayoría) como un lugar especial para la solución pacífica de conflictos entre diferentes grupos de interés.

## 6. CONSTITUCIÓN Y ALFABETIZACIÓN POLÍTICA DEL PUEBLO

Es a través de las instituciones fundadas por la Constitución que se abre la oportunidad de aprendizaje y alfabetización política del pueblo. El sentido común colectivo se nutre, en gran medida, de los asuntos públicos establecidos y regulados en la *lex suprema*. La concordia y el espíritu abierto al diálogo, si no se encuentran en el fundamento constitucional, se fortalecen ciertamente en la letra y en el espíritu de una Constitución democrática, donde todo se organice con miras a la paz y de la solución pacífica de los conflictos.

La alfabetización política de un pueblo no es un hecho consumado, un producto terminado, ni una planta importada de ninguna parte, sino una obra en marcha (*work in progress*), un proceso, un *continuum*, que se produce en el suelo constitucional y se expande en el ambiente de la libertad democrática. Es una batalla que se gana a la larga. En este proceso, el pueblo se acostumbra a deliberar (criticar, inducir, juzgar<sup>50</sup>, monitorear, participar o votar) sobre los grandes asuntos públicos, saliendo del típico inmovilismo de una mediocridad existencial que ve solo las ventajas inmediatas y entrando, por el hábito de participación política efectiva, en el campo de las ideas libres, audaces y responsables.

El hábito de la libertad democrática desarrolla la inteligencia natural del pueblo, como prueba la historia en relación con los antiguos atenienses. Y proporciona, sin lugar a dudas, un arma eficaz para el empoderamiento de las personas, especialmente frente a las élites tradicionales (los "bien nacidos") acostumbrados a mandar. A falta de ese *continuum* de educación, al final no se tiene un pueblo, sino una población estúpida, dócil y sumisa a los desplantes de los demagogos de turno<sup>51</sup>. Un gobierno democrático, como decía Madison (Chomsky, 2002, p. 60), sin

---

<sup>49</sup> Vale la pena recordar que el Derecho es el conjunto de condiciones universalmente requeridas para que el libre albedrío de cada uno se concilie con el de los demás, conteniéndolos dentro de límites previamente definidos.

<sup>50</sup> Como dice Aristóteles (1995, p. 29), cuando el pueblo es dueño de los juicios, es dueño de la ciudad.

<sup>51</sup> La descripción de Emerson de las masas es emblemática: "" (citado por Warren, 1975, p. 21). (Debe traducirse al español)

Traducción: "Deje de lado esta conversación hipócrita acerca de las masas. Las masas son toscas, deficientes, informes, perniciosas en sus demandas e influencia... No quiero concederles nada, sino domarlas, subyugarlas, dividir las y desintegrarlas, y extraer de ellas individuos... No deseo ninguna masa, solo hombres hones-



información popular o sin medios para adquirirla, no es más que el Prólogo de una Farsa o de una Tragedia; tal vez ambos.

Así como la mente, cuando se mantiene en uso, presenta poderes inagotables, así un pueblo que participa continuamente en los asuntos públicos bajo el amparo de su Constitución expande su cultura política y se convierte en el gran garante de la libertad. En este aspecto específico, la Constitución es, indiscutiblemente, una guía emancipadora, movilizadora y transformadora; una guía de la civilización, definitivamente.

En un pueblo inmerso en este proceso de aprendizaje durante mucho tiempo, el espíritu público se elevará a una altura mayor, pues cuanto más se eduque a los hombres sobre los intereses públicos, más tendrán una noción exacta de cuán importantes son. Las buenas ideas serán más comunes y las malas serán cuestionadas públicamente; habrá un mayor dominio o vigilancia sobre los engaños de los demagogos y las ilusiones de los impostores (Bentham, 1991, pp. 74-75). En todas las clases penetrará el hábito de la razón y la discusión moderada, con respeto mutuo y tolerancia a la diferencia.

Una opinión pública fuerte y rigurosa, como existe en algunos lugares con costumbres austeras, apoya al individuo, apoya las buenas acciones públicas y desaprueba las malas conductas (Pécaut, s.f., p. 57). Si la opinión se relaja, volviéndose excesivamente indulgente, el individuo acaba por entregarse a sí mismo y a sus primeros impulsos.

Con el sufragio universal y la educación pública, la gente común, normalmente apática y pasiva, se organiza y empodera, intentando entrar en la arena política buscando garantizar sus intereses y demandas, amenazando el *statu quo*, el *establishment*. Esto suscita un curioso fenómeno entre las élites gobernantes que, por regla general, lo denominan "crisis de la democracia". El antídoto a este "miedo pánico" fue la creación de medios de publicidad y captación de la opinión pública, poniendo al público en el lugar que le corresponde como espectador y consumidor de la acción (no partícipe y coproductor).

A través de recursos propagandísticos, la minoría extrae "consentimiento sin consentimiento" de la mayoría. Se crea un sistema de control remoto de cabezas y corazones, que busca "cautivar primero la mente de los hombres y luego esclavizar sus cuerpos" (Hankin, 1963, p. 10). Una era tecnocrática de hombres condicionados, de robots programados y felices. Derrotar este siste-

---

tos... y nada de millones de lazzaroni bebedores de gin y de inteligencia corta. No quiero el elogio de las masas, sino el voto de hombres aislados que depositan en él su honor y su conciencia"

ma de desinformación supone reforzar las trincheras de la información, la publicidad activa y la opinión democrática (resultado del debate y la contradicción).

Sin embargo, el pueblo no es una “gran bestia que hay que domar”, como decía Alexander Hamilton (Chomsky, 2002, p. 52); necesita, más bien, ser respetado y acogido, convirtiéndose de espectador pasivo en participante de la arena política. Y un pueblo no se “doma” (en el alto sentido de la palabra) por decreto, sino por la fuerza de una mutación cultural.

La sociedad, en cuanto al grado de participación política, se divide en tres clases (Bentham, 1991, p. 81): 1) la primera, más numerosa, se preocupa muy poco por los asuntos públicos, no teniendo tiempo ni disposición para leer y discutir; 2) la segunda está compuesta por aquellos que crean un juicio, pero un juicio prestado, sobre la opinión de otros, sin tener la capacidad de formarse un juicio por sí mismos; 3) la tercera, menos numerosa, está formada por individuos mejor formados que juzgan por sí mismos, según información recogida de su propia fuente (son élites formadoras de opinión que suplen la segunda clase).

Solo hay tres formas en que una población, en esencia inconsistente, puede volverse consciente, ilustrada y funcional a su rol político, convirtiéndose en la nobleza que convencionalmente se llama “pueblo” o sociedad integrada por individuos responsables: 1) por educación política; 2) cuando es sabiamente dirigida o guiada; 3) cuando hay prensa libre. Es decir, detrás de todo gran pueblo hay un buen estadista, una prensa libre o un sistema constitucional que proporciona un *locus* para un aprendizaje político continuo y estable. Un lugar donde el pueblo adquiera conocimiento de sus derechos y errores, así como el poder de ejercer los primeros y corregir los segundos, siempre dentro de las líneas geométricas trazadas por la Constitución.

No hay partes separadas o incommunicables en la política o en la sociedad, aunque sean distinguibles. Corresponde a estas tres categorías políticas (sistema constitucional, estatismo y prensa libre) emplear todas las medidas y tomar todas las precauciones posibles para propagar y perpetuar esta sana alfabetización política. Y eso supone un trabajo continuo, paciente e interactivo, generación tras generación. Educar a un pueblo no requiere prisa y no es algo que se pueda acelerar.

La satisfacción de la devoción al imperativo constitucional es la regla de oro que distingue a un buen estadista. No se requiere que un buen estadista sea un “filósofo benévolo” o un “sabio ilustrado”, sino que sea capaz de distinguir, claramente y en todas las circunstancias, entre el interés privado y el deber público, y guiarse por este último. Además, los buenos estadistas y gerentes tienen amplia información sobre la naturaleza de los hombres, las necesidades de la sociedad y la ciencia del buen gobierno. Sin ellos y sin la benéfica influencia que ejercen, el pueblo puede

actuar de manera injusta, frívola, brutal, bárbara y cruel como cualquier otro tirano, como tristemente prueban los anales de la historia.

Las personas vivas no necesitan un maestro sino una guía (Wilson, 1963, p. 28). Cuando el gobierno es dueño y el pueblo sujeto, la sociedad queda dormida, informe, inorgánica, sin conciencia propia, sin conocimiento de los intereses y del poder que posee.

La prensa, cuya libertad está celosamente garantizada en la Constitución, es otro medio valioso de educación política para el pueblo, estando íntimamente ligada a la democracia. A través de la educación y de las escuelas, de la prensa y otros medios de comunicación, el hombre común toma conciencia de sus derechos y de su poder para organizarse en la defensa de sus intereses (Becker, 1947, p. 86; Simon, 1951, p. 137; Duverger, 1975, p. 238; Hankin, 1963, p. 14). Además de estos servicios, la prensa libre juega un papel importante en la protección de la sociedad contra los abusos de poder (Viñas, 1983, p. 202). En consecuencia, es prudente no crear obstáculos a la distribución del material producido por la prensa, sino, por el contrario, fomentar la circulación de libros, revistas, diarios y publicaciones periódicas.

Sobre el papel de la prensa en una gran democracia como la de Estados Unidos, vale la pena citar las palabras de Merrick Bobb (2021):

"Una prensa libre con un apetito insaciable por pedir cuentas a los funcionarios electos y designados es indispensable en una democracia que funcione correctamente. La prensa estadounidense tiene una reputación bien merecida por su periodismo de investigación, escepticismo, obstinación y audacia frente a la intimidación. La prensa derrocó presidentes al exponer escándalos. Por ejemplo, el presidente Nixon terminó renunciando después de que el *Washington Post* expusiera *Watergate*<sup>52</sup>.

El gran riesgo de la prensa es ser cooptada por grupos políticos o económicos (perdiendo su independencia) y rendirse a las exigencias económicas, convirtiendo los hechos en artículos para el mercado. Pero como la educación de las masas no es monopolio de la prensa, otros actores pueden contrarrestar cualquier desequilibrio resultante de la teoría democrática liberal.

---

<sup>52</sup> Texto original: "A free press with an insatiable appetite to hold elected and appointed officials accountable is indispensable in a properly functioning democracy. The American press has a well-deserved reputation for its investigative journalism, skepticism, doggedness, and boldness in the face of intimidation. The press has brought down Presidents through exposure of scandal. For example, President Nixon ultimately resigned after the *Washington Post* had exposed *Watergate*".

La ignorancia, ya sea a nivel individual o social, científico o político, es una de las principales causas de ruina para los individuos y las sociedades. Siempre que en el pueblo prevalecen los conocimientos generales y la sensibilidad, disminuyen y desaparecen proporcionalmente los gobiernos arbitrarios y toda forma de opresión. La participación política, apalancada y alimentada por el saber en relación circular, ha sido, siempre que ha habido libertad, la causa de la libertad misma. El consentimiento informado de los gobernados es la piedra angular de una sociedad libre y democrática.

El punto de cohesión de este consentimiento informado está garantizado por la confianza colectiva en la vigencia de la Ley Fundamental y en su capacidad de estabilización y progreso ordenado. John Adams (1964, pp. 4-12), en un estudio político clásico, destaca que la libertad no se puede preservar sin la existencia de un conocimiento general entre las personas. Además, el pueblo tiene un derecho indiscutible, inalienable e irrevocable a ese otro conocimiento temido y envidiado: el del carácter y conducta de sus gobernantes. Estos no son más que representantes, agentes y administradores del pueblo; y si la causa, el interés y la confianza son insidiosamente traicionados o temerariamente dilapidados, el pueblo tiene derecho de revocar la autoridad que él mismo ha cedido, y de constituir otros agentes, representantes y administradores. Y la preservación de los medios de conocimiento entre las clases bajas es, para el público, de mayor importancia que las propiedades de todos los hombres ricos del país.

Toda educación y formación cívica debe tener, ante todo, fines prácticos en la gestión de los asuntos públicos: reforma de los abusos, corrección de los errores y eliminación de los prejuicios. Nada corrige mejor y más rápidamente el rumbo político que la severidad de juicio de una nación bien instruida y ejercitada en la discusión de los asuntos públicos.

Si el pueblo se encuentra universal y profundamente ilustrado, difícilmente será engañado por los artificios políticos. Y esto contribuye a crear un círculo virtuoso: los ilustrados eligen gobernantes capaces y dignos; y los buenos estadistas, con sus sabias resoluciones y adaptadas a las circunstancias, contribuyen a la plenitud del ciudadano, apoyando la libertad de imprenta como impulso necesario a las libertades públicas.

## 7. CONCLUSIÓN

El derecho encierra poder moral, además de ser una técnica al servicio de la ética —al menos de una parte considerable de ella— y de la libertad. En el caso de la Constitución, este poder moral radica no tanto en su supuesta fuerza normativa intrínseca, sino en la creencia, distribuida entre todos los que están sujetos a ella, en el predominio irrevocable de sus disposiciones y mandatos. Como toda institución social, la *suprema lex* está condenada si no es aceptada por la conciencia colectiva o si no se impone a la voluntad como fuerza a respetar y proteger.

La Constitución es un documento versátil, pues funciona como un péndulo que oscila entre la estabilidad y la variabilidad, el orden y la libertad, la tradición y la innovación. Es un documento que incide no solo en el presente, sino también en las expectativas y posibilidades del futuro, como parte de un sistema configurado para romper el tiempo. Los comandos e instrucciones para crear y validar todo el sistema legal provienen de sus normas. Es como un proyecto básico de toda la estructura jurídica del Estado (es el "contenido máximo" de la estructuración del Estado de derecho); el siguiente paso es ejecutar con precisión las instrucciones contenidas en el texto constitucional. En este punto, la fe jurídica, política y social en la esencialidad constitucional se destaca como medio para garantizar las virtudes necesarias para el progreso de una determinada sociedad.

La catalogación de derechos en la Constitución y su fuerza normativa lleva al país solo en parte (estabilidad<sup>53</sup>). El resto del recorrido requiere una participación efectiva de diferentes actores con sus interpretaciones, inquietudes, demandas, estímulos y aportes (variabilidad). En todo caso, estabilizar el presente es ya un primer paso —de un largo y arduo camino— hacia las contingencias del futuro.

El escenario constitucional, en su conjunto, conforma un riquísimo campo de observación política. No son solo herramientas de control social las que resuenan, sino elementos de progreso social (estabilidad *versus* variabilidad). Es una guía jurídico-política para la fundación o refundación del Estado, vitalizada por una energía normativa ingeniosamente producida y sujeta a constante actualización social. ¿Qué sería de una Constitución sin fuertes reservas sociales y sin una firme convicción en su supremacía, donde renovarían su fuerza normativa? Desde un punto de vista estrictamente lógico-racional, la fuerza normativa constitucional no es una cualidad intrínseca, sino multirelacionada con mecanismos externos de acción obligatoria.

La fuerza normativa de una Constitución es una idea persistentemente indefinible – y dotada de cierto grado de abstracción– si no recurrimos a tres postulados: 1) mecanismos de observancia de la supremacía constitucional (arreglos institucionales); 2) postulado de actualización (o teoría especular); y 3) convicción colectiva en el imperativo constitucional. Esto se debe a que son estas variables las que estructuran la fuerza normativa constitucional y permiten que la Constitución logre sus objetivos vitales de estabilidad y variabilidad. Sin su integración, en un mundo donde reinan el azar y la imprevisibilidad, la ley fundamental no sería la roca sobre la que se construyen la seguridad, la certeza y la regularidad.

---

<sup>53</sup> La estabilidad lograda por la Constitución no es de tipo estático, sino de equilibrio dinámico (dada la necesidad vital, para la sociedad, de variabilidad).

El principal puente —y obviamente no el único— entre la fuerza normativa de la Constitución y su postulado de actualización son los tribunales (haciendo, paralelamente, del orden constitucional, un orden judicialmente sostenido<sup>54</sup>). Los tribunales son, por tanto, el principal balance de todo el sistema constitucional. La interpretación, reinterpretación y revisión judicial permanente —en comunión con otros actores (teoría abierta del orden jurídico)— capitaliza el potencial de actualización de la suprema lex, jugando un papel activo en la evolución del sistema constitucional y político.

## REFERENCIAS

- Adams, J. (1964). *Escritos políticos de John Adams* (L. Gontijo de Carvalho, Trad.). Ibrasa.
- Amado, G. (1960). *Depois da política*. Livraria José Olympio.
- Aristóteles (1995). *A Constituição de Atenas* (F. Murari Pires, Trad.). Hucitec.
- Bagehot, W. (s.f.). *The English Constitution*. Recuperado el 4 de marzo de 2021, de <https://www.gutenberg.org/files/4351/4351-h/4351-h.htm>
- Barthou, L. (1946). *El político* (M. Rivas, Trad.). Siglo Veinte.
- Bateson, G. (1997). *Espíritu y naturaleza* (L. Wolfson, Trad.). Amorrortu Eitores.
- Baum, L. (1987). *A Suprema Corte Americana* (É. Cerqueira, Trad.). Forense.
- Becker, C. L. (1947). *Modern democracy* (4ª ed.). Yale University Press.
- Bentham, J. (1991). *Tácticas parlamentarias* (Textos parlamentarios clásicos, v. 1). Congreso de los Diputados.
- Bobb, M. (s/d). *Internal and External Police Oversight in the United States*. Recuperado el 1 de marzo de 2021, de <https://www.prearesourcecenter.org/sites/default/files/library/internalandexternalpoliceoversightintheunitedstates.pdf>
- Bunge, M. (1981). *La ciencia. Su método y su filosofía*. Siglo Veinte.
- Bunge, M. (2017). *Matéria e mente* (G. K. Guinsburg, Trad.). Perspectiva.
- Capra, F. (1982). *O ponto de mutação. A ciência, a sociedade e a cultura emergente* (N. Roberval Eichenberg, Trad.). Cultrix.
- Cassirer, E. (1985). *Filosofía de las formas simbólicas* (A. Morones, Trad.). Fondo de cultura económica.

---

<sup>54</sup> Jeremy Bentham (1991) dice que “una Constitución se hace estable cuando se establece un poder para protegerla” (p. 104). En cuanto a Woodrow Wilson (1963), “toda la eficacia y realidad del gobierno constitucional reside en sus tribunales” (p. 15) y que “los tribunales americanos forman el balance de todo el sistema constitucional del país...” (p. 109).

- Cavalcanti, T. B. (1977). *Manual da Constituição*. Zahar.
- Chomsky, N. (2002). *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem global* (P. Jorgensen Jr., Trad.). Bertrand Brasil.
- Cohen, Morris R. (1956). *Razón y naturaleza*. (E. Loedel, Trad.). Paidós.
- Cournot, A. (1946). *Encadenamiento de las ideas fundamentales en las ciencias y en la historia* (R. Levi Villier, Trad.). Espasa-Calpe.
- Croiset, A. (1918). *Les démocraties antiques*. Ernest Flammarion Éditeur.
- Dewey, J. (1960). *The quest for certainty* (7ª. ed...). Capricorn Books.
- Dewey, J. (1964). *Teoria da vida moral* (L. Gontijo de Carvalho, Trad.). Ibrasa.
- Díaz, E. (1972). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Edicusa.
- Duverger, M. (1975). *As Modernas Tecnodemocracias* (M. da Costa Santos, Trad.). Paz e Terra.
- Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério* (N. Boeira, Trad.). Martins Fontes.
- Einstein, A. (1981). *Como vejo o mundo* (H. P. de Andrade, Trad.). Nova Fronteira.
- Feuerbach, L. (1971). *La esencia del cristianismo* (F. Huber, Trad.). Juan Pablos Editor.
- Fichte, J. G. (2014). *O destino do erudit* (R. Barbosa, Trad.). Hedra.
- Gellner, E. (1996). *Condições da liberdade. A sociedade civil e seus rivais* (L. Magalhães, Trad.). Zahar.
- Groppali, A. (1926). *Philosophia do Direito* (S. Costa, Trad., 2ª. ed.). Livraria Clássica.
- Hankin, F. (1963). *A democracia em ação* (J. Bruno Piubel, Trad.). Ibrasa.
- Hart, H. L. A. (2009). *O conceito de Direito* (A. de Oliveira Sette-Câmara, Trad.). WMF Martins Fontes.
- Hauriou, A. (1971). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. (J. A. González Casanova, Trad.). Ariel.
- Hook, S. (1964). *The paradoxes of freedom*. University of California Press.
- Husserl, E. (1962). *La filosofía como ciencia estricta* (E. Tadernig, Trad.). Nova.
- Nicol, E. (1989). *Historicismo y existencialismo*. Fondo de Cultura Económica.
- Pécaut, P-F. (s.f.). *Elementos de Philosophia Moral* (B. Costa, Trad.). Garnier.
- Piaget, J. (1979). *O estruturalismo* (M. R. de Amorim, Trad.). Difel.
- Polin, R. (1976). *Iniciação política - O Homem e o Estado* (J. dos Santos, Trad.). Mira-Sintra (Portugal): Publicações Europa-América.
- Pound, R. (1958). *The development of constitutional guarantees of liberty* (2ª. ed.). Yale University Press.
- Przeworski, A. (2010). *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno* (S. Mastrangelo, Trad.). Siglo Veintiuno.

- Rodotà, S. (2010). *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho* (A. Greppi, Trad.). Trotta.
- Schelling, F. G. J. (1950). *La esencia de la libertad humana* (J. Rovira Armengol, Trad.). Universidad de Buenos Aires.
- Simon, Y. (1951). *Philosophy of Democratic Government* The University of Chicago Press.
- Sowell, T. (2011). *Os intelectuais e a sociedade* (M. G. Righi, Trad.). É Realizações.
- Schwartz, B. (1979). *Os grandes direitos da humanidade* (A. B. Pinheiro de Lemos, Trad.). Forense Universitária.
- Schmitt, C. (2009). *Teoría de la constitución* (F. Ayala, Trad.). Alianza Editorial.
- Thuan, T. X. (2018). *La plenitud del vacío* (A. F. Rodríguez, Trad.). Kairós.
- Viamonte, C. S. (1959). *Manual de derecho político. Los problemas de la democracia*. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Viñas, A. R. (1983). *El Abuso de los Derechos Fundamentales*. Península.
- Wagensberg, J. (1989). *Ideas sobre la complejidad del mundo* (2<sup>a</sup> ed.). Tusquets.
- Warren, R. P. (1975). *Democracia & Literatura* (R. S. de Biasi, Trad.). Forense Universitária.
- Wilson, W. (1963). *Governo constitucional nos Estados Unidos* (E. J. Monteiro, Trad.). Ibrasa.



# **El Convenio de Trabajo Marítimo 2006 y la gente de mar. A propósito de sus dos lustros en vigor**

*The Maritime Labour Convention 2006 and  
seafarers. Regarding its ten years in force*

C H R I S T I A N R O D R Í G U E Z M A R T Í N E Z

Abogado de la Universidad del Magdalena, magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana y doctorando en Derecho de la Universidad de Cádiz (España), docente de planta Facultad de Humanidades – Programa de Derecho, miembro del Grupo de Investigación Saberes Jurídicos -GRISJUM-, docente responsable del Semillero de Investigación en Estudios Constitucionales y Legislativos “Jacobo Pérez Escobar” de la Universidad del Magdalena, director académico del Centro de Estudios Derecho Prudente e investigador junior reconocido por MinCiencias. [crodriguezma@unimagdalena.edu.co](mailto:crodriguezma@unimagdalena.edu.co) <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0001-6251-7679>

## Resumen

El 20 de agosto de 2013 entró en vigencia el Convenio de Trabajo Marítimo 2006 o *Maritime Labour Convention* 2006, luego que 30 países miembros de la Organización Internacional del Trabajo lo ratificaran y adoptaran a nivel interno. Desde entonces se ha convertido en la carta de derechos de la gente de mar y en una garantía para la protección de sus derechos laborales a bordo de los buques. Por tal motivo, este artículo tiene como propósito examinar la implementación, alcance y logros del convenio, con ocasión de los diez años de su entrada en vigor; con un especial énfasis en Colombia, toda vez que nuestro país aún no ha ratificado dicho convenio a pesar de estar rodeado por dos océanos y tener más de 15 000 trabajadores del mar.

### PALABRAS CLAVE

Organización Internacional del Trabajo, Convenio de Trabajo Marítimo 2006, Estado Pabellón, Estado Puerto, gente de mar, derechos laborales.

## Abstract

On August 20, 2013, the Maritime Labour Convention 2006 entered into force, after 30 countries that make up the International Labor Organization ratified and internally adopted it. Since then, it has become the Seafarers' Bill of Rights and a guarantee for the protection of their human labor rights on board ships. For this reason, this article has the purpose of carrying out an analysis of its implementation, achievements, and challenges, on the occasion of the 10 years of its entry into force; with special emphasis on Colombia, since our country has not yet ratified said agreement despite being surrounded by two oceans and having more than 15,000 sea workers.

### KEYWORDS

International Labor Organization, Maritime Labour Convention 2006, Flag State, Port State, seafarers, labors rights.

## INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales y sociales de la gente de mar han sido reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) en su Convenio de Trabajo Marítimo 2006 o *Maritime Labour Convention 2006* (en adelante CTM2006). Conforme a lo dispuesto en el CTM2006, los Estados ratificantes deben establecer mecanismos internos que permitan proporcionar un marco jurídico adecuado para la aplicación efectiva de estos derechos.

No obstante, existen vacíos frente al alcance de estos derechos y su reglamentación en algunos Estados, y más específicamente en los países que no han podido ratificar este convenio, como es el caso de Colombia, a pesar de que este convenio se constituye como la carta fundamental de derechos de la gente de mar, relacionando y garantizando condiciones dignas de trabajo para el colectivo, toda vez que incorpora varios convenios y recomendaciones sobre el trabajo marítimo.

Así las cosas, este artículo pretende realizar un análisis a su implementación, logros, desafíos, trabajadores a los que le aplica, responsabilidad de los Estados, frente al CTM2006, para luego aterrizar al caso colombiano, a propósito de sus dos lustros de vigencia.

## 1. ANTECEDENTES Y ALCANCE DEL CONVENIO DE TRABAJO MARÍTIMO 2006 O *MARITIME LABOUR CONVENTION 2006*

El CTM2006 se adoptó en el marco de la 94ª Conferencia Internacional del Trabajo, luego del trabajo realizado por el Grupo de Trabajo Tripartito de Alto Nivel, al que se le encargó la misión de revisar las distintas normas y convenios existentes en materia de trabajo marítimo, para así construir una propuesta que permitiera actualizar y fortalecer la normatividad relacionada con la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores del mar en relación con las nuevas exigencias del comercio mundial.

Es importante destacar que este convenio logró un gran consenso en su aprobación, toda vez que fue aprobado con 314 votos a favor, 4 abstenciones y sin votos en contra, producto de un proceso de negociación tripartita entre trabajadores, empleadores y gobiernos a través 900 delegados de los trabajadores y armadores y 100 delegados de los gobiernos.

Según el profesor Silvio Bologna (2019), el CTM2006

se constituye en el 4º pilar de regulación del transporte marítimo, junto a la normativa adoptada por la Organización Marítima Internacional, agencia especializada de las Naciones Unidas creada en 1948 y responsable de la seguridad del transporte marítimo, de la eficiencia de la navegación y de la protección del medio-ambiente marítimo: SOLAS, Convenio internacional para la Seguridad

de la Vida Humana en la Mar de 1974; STWC, Convenio Internacional de Formación, Titulación y Guardias para la gente de mar de 1978; y por fin MARPOL, Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques de 1973. (p. 1458)

Convirtiéndose estos instrumentos en el *Corpus Juris* internacional de la gente de mar.

En ese orden de ideas, el CTM2006 entró en vigencia el 20 de agosto de 2013, luego de cumplir con el procedimiento establecido que este estableció:

El presente Convenio entrará en vigor doce meses después de la fecha en que se hayan registrado las ratificaciones de al menos 30 Miembros que en conjunto posean como mínimo el 33 por ciento del arqueo bruto de la flota mercante mundial. (Artículo VIII)

Lo anterior significa que el CTM2006 es la carta de derechos o principal instrumento internacional que en la actualidad tiene la gente de mar o *seafers* para la garantía de sus derechos, en especial los laborales, ya que este tiene como finalidad la promoción y garantía de condiciones de trabajo decente y digno que contribuya a la calidad de vida a bordo de un buque<sup>1</sup>. Resulta pertinente señalar que este convenio incorpora sesenta y ocho convenios y recomendaciones sobre el trabajo marítimo existentes, como lo indica su artículo décimo.

A continuación, y para efectos ilustrativos se relaciona el listado de convenios y normas internacionales revisados por el CTM2006, al tenor de su artículo 10:

---

<sup>1</sup> En relación con el concepto de “buque”, el Convenio de Trabajo Marítimo 2006 lo define como toda embarcación distinta de las que navegan exclusivamente en aguas interiores o en aguas situadas dentro de o en las inmediaciones de aguas abrigadas o de zonas en las que rijan reglamentaciones portuarias.

Convenio Número	Año	Temática
7	1920	Edad mínima (trabajo marítimo),
8	1920	Indemnizaciones de desempleo (naufragio),
9	1920	Colocación de la gente de mar
16	1921	Examen médico de los menores (trabajo marítimo)
22	1926	Contrato de enrolamiento de la gente de mar
23	1926	Repatriación de la gente de mar
53	1936	Certificados de capacidad de los oficiales
54	1936	Vacaciones pagadas de la gente de mar
55	1936	Obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidentes de la gente de mar
56	1936	Seguro de enfermedad de la gente de mar
57	1936	Horas de trabajo a bordo y la dotación
58	1936	Edad mínima (trabajo marítimo)
68	1946	Alimentación y el servicio de fonda (tripulación de buques)
69	1946	Certificado de aptitud de los cocineros de buque
70	1946	Seguridad social de la gente de mar
72	1946	Vacaciones pagadas de la gente de mar
73	1946	Examen médico de la gente de mar
74	1946	Certificado de marinero preferente
75	1946	Alojamiento de la tripulación
76	1946	Salarios, las horas de trabajo a bordo y la dotación
91	1949	Vacaciones pagadas de la gente de mar
92	1949	Alojamiento de la tripulación
93	1949	Salarios, horas de trabajo a bordo y dotación
109	1958	Salarios, horas de trabajo a bordo y dotación
133	1970	Alojamiento de la tripulación
134	1970	Prevención de accidentes (gente de mar)
145	1976	Continuidad del empleo (gente de mar)
146	1976	Vacaciones anuales pagadas (gente de mar)
147	1976	Marina mercante (normas mínimas)
147	1976	Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas)
163	1987	Bienestar de la gente de mar
164	1987	Protección de la salud y la asistencia médica (gente de mar)
165	1987	Seguridad social de la gente de mar
166	1987	Repatriación de la gente de mar
178	1996	Inspección del trabajo (gente de mar)
179	1996	Contratación y la colocación de la gente de mar
180	1996	Horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques

Fuente: elaboración propia.

El CTM2006 no contiene una numeración como los convenios anteriores, por lo que rompe con esta regla en la OIT. Los artículos III y IV del convenio establecen una serie de derechos y principios que deben respetar y verificar los Estados miembros con el objetivo de que sus legislaciones internas garanticen sus derechos fundamentales y sociales, es decir, derechos humanos laborales de la gente de mar. Entre ellos se encuentran, por ejemplo, el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social. Es así como la gente de mar tiene derecho a: (i) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (ii) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (iii) la abolición efectiva del trabajo infantil; (iv) la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; (v) a un lugar de trabajo seguro y protegido en el que se cumplan las normas de seguridad; (vi) a condiciones de empleo justas (vii) a condiciones decentes de trabajo y de vida a bordo; (viii) a la protección de la salud, a la atención médica, a medidas de bienestar y a otras formas de protección social. Es importante resaltar que estos derechos aplican a toda persona que se encuentre contratada o trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque, incluso aquellos trabajadores temporales o eventuales y personal de hotel de los buques dedicados a cruceros, en últimas, a toda persona que trabaje a bordo.

Este convenio ha sido ratificado por 104 países, siendo el último la República Árabe Siria, el cual entrará en vigor el 6 de abril de 2024. En el caso de Latinoamérica y del Caribe, los países que han incorporado a su ordenamiento jurídico interno el CTM2006 son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Brasil, Chile, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, San Vicente y las Granadinas y Curazao<sup>2</sup>.

Por lo tanto, estos Estados tienen la responsabilidad de asegurar un goce efectivo de los derechos fundamentales y sociales, a través de sus legislaciones nacionales, estableciendo procedimientos razonables ya sean administrativos o judiciales ante la amenaza o vulneración de estos derechos. Este control habrá de realizarse a partir de la regulación que cada uno expida para hacer cumplir los términos establecidos en esta convención, así como la adopción de procedimientos judiciales internos que permitan el respeto de las obligaciones contraídas en este instrumento internacional a los buques y gente de mar bajo su jurisdicción.

---

<sup>2</sup> Para ampliar información respecto a los países que han ratificado el CTM2006 puede consultar [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:31233](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:31233)

## 2. ESTRUCTURA E IMPORTANCIA DEL CTM2006

El CTM2006 inicia con un preámbulo o una parte considerativa que permite contextualizar su adopción. Seguido a ello, continúan los artículos que establecen las obligaciones de los Estados que ratifican el convenio, para luego relacionar los derechos y principios que rigen su aplicación y operatividad del convenio. Así mismo, incorpora un reglamento y código que contiene los siguientes temas:

- a) Título 1: Requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques.
- b) Título 2: Condiciones de empleo.
- c) Título 3: Alojamiento, instalaciones de esparcimiento, alimentación y servicio de fonda.
- d) Título 4: Protección de la salud, atención médica, bienestar y protección social.
- e) Título 5: Cumplimiento y control de la aplicación.

Por tanto, el CTM2006 resulta importante, en la medida que contempla los derechos fundamentales de los trabajadores del mar, los cuales se encuentran relacionados en su artículo tercero:

Todo Miembro deberá verificar que las disposiciones de su legislación respetan, en el contexto del presente Convenio, los derechos fundamentales relativos a:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y
- d) la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación. (Artículo III)

Adicionalmente, el artículo cuarto complementa la anterior disposición:

1. Toda la gente de mar tiene derecho a un lugar de trabajo seguro y protegido en el que se cumplan las normas de seguridad.
2. Toda la gente de mar tiene derecho a condiciones de empleo justas.
3. Toda la gente de mar tiene derecho a condiciones decentes de trabajo y de vida a bordo.
4. Toda la gente de mar tiene derecho a la protección de la salud, a la atención médica, a medidas de bienestar y a otras formas de protección social. (CTM2006)

El CTM2006 dispone igualmente que a efectos del control de cumplimiento de dichos compromisos internacionales, habrán de ser los Estados ratificantes los que dispongan mecanismos tanto a nivel interno como para aplicarlo a los buques que arriban a sus puertos.

Ahora bien, los buques de arqueado bruto igual o superior a 500 toneladas que realicen viajes internacionales deben tener un certificado de trabajo marítimo y una declaración de conformidad laboral marítima, los cuales son expedidos por el Estado del pabellón. Este tipo de documentos resultan relevantes en la práctica, ya que permiten indicar o dar fe de que el buque por el *Flag State* (Estado de abanderamiento) cumple con lo establecido en el CTM2006. Lo anterior no es óbice para que el Estado Puerto pueda verificar o corroborar dichos documentos. Por tanto, las autoridades, al momento de controlar el CTM2006, deben procurar que los buques que se encuentren abanderados por los Estados que no hayan ratificado este instrumento internacional en garantías de los derechos de los trabajadores del mar no tengan ventajas frente a los buques que alzan la bandera de países que sí han ratificado el CTM2006, para que no se genere una vulneración a la cláusula denominada “no otorgamiento de un trato más favorable”.

En la estructura de este convenio se contempló que este puede ser actualizado a través de enmiendas, en relación con sus aspectos técnicos y detallados de los mandatos básicos:

1. La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo podrá adoptar enmiendas a cualesquiera disposiciones del presente Convenio, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y con las normas y procedimientos de la Organización para la adopción de convenios. También podrán adoptarse enmiendas al Código con arreglo a los procedimientos previstos en el artículo XV. (Artículo XIV)

Conforme a lo anterior, desde 2014 se han adoptado cuatro enmiendas al convenio, relacionadas con los siguientes temas: a) abandono de la gente de mar y de la responsabilidad de los armadores en caso de muerte o de discapacidad prolongada de la gente de mar (Enmienda 2014), b) eliminación del acoso y la intimidación a bordo de los buques y la prórroga de la validez de los certificados de trabajo marítimo (Enmienda 2016), c) protección de los salarios y las prestaciones de la gente de mar en el evento que sean mantenidos en cautiverio por actos de piratería o de robo a través del uso de armas contra los buques (Enmienda 2018), y d) los Estados faciliten la repatriación de la gente de mar abandonada y fallecida a bordo, atención médica inmediata a los que la requieran, registro de todas las muertes de la gente de mar y se comuniquen anualmente a la OIT y se publiquen los datos correspondientes, la gente de mar a ser informada sobre sus derechos en relación con la obligación de los servicios de contratación y colocación de indemnizarlos por las pérdidas monetarias; disponer de equipos de protección personal con tamaño adecuado y a disponer de agua potable de buena calidad y gratuita, a una conectividad social



adecuada y que los Estados proporcionen acceso a internet en sus puertos a la gente de mar (Enmienda 2022). Esta última enmienda aún no ha entrado en vigor.

Observamos entonces que el CTM2006 tiene como objetivo principal la mejora de las condiciones laborales y de seguridad de más de 1.6 millones de personas que trabajan en el mar a bordo de un buque, ya sea en operaciones directas relacionadas con la navegación, o en las indirectas, como es el caso de los trabajadores del sector de turismo y recreativo, como lo buques de crucero y comerciales. Otro elemento que merece ser destacado de este instrumento internacional se vincula a las obligaciones que tienen el Estado Pabellón y el Estado Puerto respecto a la inspección, vigilancia y cumplimiento de los buques que enarbolan sus banderas y en los puertos donde realicen escala.

### **3. OBLIGACIONES DEL ESTADO PABELLÓN Y EL ESTADO PUERTO**

Para asegurar su cumplimiento, el CTM2006 establece una serie de compromisos a los Estados Pabellón y Puerto frente a las condiciones de vida y empleo de la gente de mar, así como el control e inspección que estos deben ejercer a través de sus autoridades para que respeten y den cumplimiento a las obligaciones contenidas en el convenio.

#### **3.1 Obligaciones del Estado Pabellón**

Se debe entender por Estado Pabellón aquel país donde es registrado el buque y por tanto puede enarbolar su bandera. Esto le permite a este país ejercer jurisdicción y control frente a sus buques, sin tener en cuenta el lugar del mundo en el que viajen o se encuentren. En ese sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece una serie de obligaciones para el Estado Pabellón desde 1982:

1. Todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón.
2. En particular, todo Estado:
  - a) Mantendrá un registro de buques en el que figuren los nombres y características de los que enarbolan su pabellón, con excepción de aquellos buques que, por sus reducidas dimensiones, estén excluidos de las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas; y
  - b) Ejercerá su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque

3. Todo Estado tomará, en relación con los buques que enarbolan su pabellón, las medidas necesarias para garantizar la seguridad en el mar en lo que respecta, entre otras cuestiones, a:

- a) La construcción, el equipo y las condiciones de navegabilidad de los buques;
- b) La dotación de los buques, las condiciones de trabajo y la capacitación de las tripulaciones, teniendo en cuenta los instrumentos internacionales aplicables. (Artículo 94)

No obstante, el CTM2006 logró avanzar de forma específica en cuanto a su responsabilidad en materia de inspección y certificación de las condiciones de trabajo y vida a bordo de los buques las banderas de los Estados ratificantes del convenio. En ese orden de ideas, la regla 5.1.1. establece que:

[...] 2. Los Miembros deberán establecer un sistema eficaz de inspección y certificación de las condiciones de trabajo marítimo, de conformidad con las reglas 5.1.3 y 5.1.4, velando por que las condiciones de trabajo y de vida de la gente de mar a bordo de los buques que enarbolan su pabellón cumplan, y sigan cumpliendo, las normas del presente Convenio.

Como consecuencia de estas labores de inspección y certificación, le corresponde al Estado Pabellón generar dos documentos que den fe del cumplimiento del convenio por parte de sus buques registrados: 1. Certificado de Trabajo Marítimo y 2. La Declaración de Conformidad Laboral Marítima. A propósito de estos documentos, la profesora Vicente (2004) considera que:

Por el primero, que debe llevarse a bordo y mantenerse actualizado, se acredita, tras inspección por el Estado del Pabellón, que determinadas condiciones laborales han sido inspeccionadas y satisfacen la normativa nacional en los términos previstos en el CTM (2006). Mediante la segunda, que consta de dos partes y que también debe llevarse en el buque y mantenerse actualizada, se indican las disposiciones nacionales por las que se aplica el CTM (2006) (primera parte) describiendo las medidas adoptadas por el armador para garantizar el cumplimiento de dichas disposiciones en el buque, durante el periodo comprendido entre las inspecciones, así como las medidas propuestas para garantizar una mejora continua (segunda parte). (p. 657)

Lo anterior significa que para poder un expedir un certificado de trabajo marítimo, por parte del Estado Pabellón, sus los buques deben cumplir con los siguientes requisitos, contenidos en el anexo A5-I del convenio:

Actualmente contiene 16 ámbitos tras la entrada en vigor de las enmiendas de 2014 al Código del MLC, 2006, a través de las cuales se añadieron los dos últimos ámbitos:

1. edad mínima;
2. certificado médico;
3. calificaciones de la gente de mar;
4. acuerdos de empleo de la gente de mar;
5. utilización de un servicio privado de contratación y colocación autorizado, certificado o reglamentado;
6. horas de trabajo y de descanso;
7. niveles de dotación del buque;
8. alojamiento;
9. servicios de esparcimiento a bordo;
10. alimentación y servicio de fonda;
11. salud y seguridad y prevención de accidentes;
12. atención médica a bordo;
13. procedimientos de tramitación de quejas a bordo;
14. pago de los salarios;
15. garantía financiera para casos de repatriación, y
16. garantía financiera relacionada con la responsabilidad de los armadores. (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2019, p. 102)

En cuanto a la declaración de conformidad laboral marítima, la Norma A5.1.3 del convenio contempla:

10. La declaración de conformidad laboral marítima deberá adjuntarse al certificado de trabajo marítimo. Constará de dos partes: a) la parte I deberá redactarla la autoridad competente, la cual deberá: i) señalar la lista de cuestiones que deberán inspeccionarse de conformidad con el párrafo 1 de la presente norma; ii) indicar los requisitos nacionales que incorporan las disposiciones pertinentes del presente Convenio, haciendo referencia a las disposiciones legales nacionales pertinentes y proporcionar, de ser necesario, información concisa sobre el contenido principal de los requisitos nacionales; iii) hacer referencia a los requisitos específicos para cada tipo de buque previstos en la legislación nacional; iv) recoger toda disposición sustancialmente equivalente adoptada en virtud del párrafo 3 del artículo VI, y v) indicar con claridad toda exención acordada por la autoridad

competente de conformidad con lo previsto en el Título 3, y b) la parte II deberá redactarla el armador y en ella deberán indicarse las medidas adoptadas para velar por el cumplimiento permanente de los requisitos nacionales durante los períodos comprendidos entre las inspecciones, así como las medidas propuestas para garantizar una mejora continua.

Finalmente, es importante aclarar en este acápite que los documentos relacionados anteriormente no son obligatorios para los buques de arqueo bruto inferiores a 500 toneladas que realicen viajes internacionales y para aquellos que, con un arqueo superior a 500 toneladas, no realicen viajes internacionales. En torno a la vigencia del certificado de trabajo marítimo, el párrafo 1 de la norma A5.1.3. del convenio dispone que su vigencia es de cinco años.

### 3.2 Obligaciones del Estado Puerto

En la cadena de inspección y control que instaura el CTM2006 respecto al cumplimiento de las normas internacionales relacionadas con las condiciones laborales y de vida de la gente de mar, se suman los Estados Puertos. El profesor Piniella, de la Universidad de Cádiz, define este tipo de control de la siguiente manera:

Podríamos definir el control del Estado Rector de Puerto, como la inspección de buques de extranjeros en puertos nacionales, con el propósito de verificar que las condiciones del buque, su equipo y su tripulación, cumplen con los requisitos exigidos en los Convenios Internacionales. (p. 196)

Ergo, el control que efectúa el Estado Puerto una vez los buques realicen escalas en sus puertos es la verificación y revisión de los certificados que emiten los Estados Pabellón, es decir; el certificado de trabajo marítimo y la declaración de conformidad laboral marítima. Si bien el Estado Puerto debe limitarse en principio a este tipo de actividad, lo anterior no impide que se pueda inspeccionar el buque cuando se presente una denuncia o queja por incumplimiento del CTM2006, o cuando el buque esté abanderado por un Estado no ratificante del convenio, en la medida que este no cuenta con los citados certificados, y por consiguiente, para no vulnerar el principio de trato no más favorable pueden ser objetos de inspección e incluso de inmovilización del buque.

Sobre este tema, la profesora Iliana Christodoulou (2012) considera que este tipo de control se ha convertido en una herramienta importante para la verificación de las condiciones sociales y laborales de la gente de mar por parte de los Estado Puerto:

Port State Control (PSC) has been a most important tool for the verification of applicable international maritime standards, especially in the area of International Maritime Organization (IMO) maritime safety conventions. PSC is affected in the context where foreign ships call at port other than those of their registration country.

Port State Control on social and labour conditions of seafarers has somewhat developed in the margin of the competency of the registration country and the port State. (p. 486)

Corolario de lo anterior, la profesora Ribes (2012) ha sostenido frente al control de los Estados Puerto sobre los buques en relación con el CTM2006 lo siguiente:

La supervisión de cumplimiento de las normas que regulan la actividad en los buques, si bien recae en los Estados de pabellón, también se asigna a los Estados de puerto con independencia de sus banderas. Los Estados reforzaron el ejercicio del derechos a inspeccionar a los buques que acudían a sus puertos, ante la gran cantidad de accidentes marítimos, sus nefastas consecuencias y la preocupación por el sostenimiento del medio ambiente. (p. 8)

Se puede apreciar cómo en la garantías de los derechos de la gente de mar, no solo basta el control que ejerce el Estado de Pabellón, sino que se requiere de la participación del Estado Puerto, con un especial llamado a sus empleadores para que cumplan con el marco jurídico internacional en la materia *so pena* de ser sancionados.

#### 4. ¿QUIÉNES SE ENCUENTRAN PROTEGIDOS POR EL CTM2006?

El trabajo en el mar o a bordo de barcos o buques es uno de los más antiguos y que ha permitido movilizar el comercio internacional y la economía en varios países en el mundo. Incluso en tiempos de la pandemia originada por la Covid-19, este sector no se detuvo sino que logró transportar y permitir el consumo de muchos productos en estos tiempos atípicos para la humanidad. Por tal razón, el CTM2006 busca proteger a toda persona que esté empleada o contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque al que se aplique el presente convenio. Esto incluye a los trabajadores eventuales y el personal de hotel en los buques dedicados a cruceros, es decir, a todas las personas que trabajen a bordo.

En caso de duda con respecto a la posibilidad de que una categoría de buque o persona esté contemplada en el convenio, la situación debe aclararse entre las autoridades estatales en consulta con las organizaciones de armadores y de gente de mar pertinentes.

Ergo, resulta pertinente cuestionarnos ¿quiénes son los trabajadores del mar o gente de mar? Para responder a esta pregunta es necesario remitirse al CTM2006, particularmente al literal f del artículo 2, que contempla:” [L]os términos gente de mar o marino designan a toda persona que esté empleada o contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque al que se aplique el presente Convenio”.

Por último, es importante aclarar que la expresión “gente de mar”, en virtud del CTM2006, se conecta con las personas relacionadas con la actividad laboral en el mar tanto en el comercio, transporte y turismo, entre otros. En ese orden de ideas, la OIT ha aclarado en varios documentos cuáles trabajadores se encuentran protegidos o amparados por el CTM2006:

El Convenio se aplica a «la gente de mar o marinos» con arreglo a la definición del apartado f) del párrafo 1 del artículo II, es decir, «a toda persona que esté empleada o contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque al que se aplique el presente Convenio». Por consiguiente, esta definición no solo incluye a la tripulación que interviene en la navegación o las operaciones del buque, sino también, por ejemplo, al personal de hostelería del buque. (...) [E]l mismo abarca a todos los trabajadores, incluidos el personal de camarotes y de limpieza, personal de bar, camareros, animadores, cantantes, personal de cocina, personal de casino y esteticistas. Esta disposición se aplica independientemente de si la gente de mar ha sido contratada directamente por un armador o ha sido empleada con arreglo a un acuerdo de subcontratación. (OIT, pp. 34-35)

Al margen de lo anterior, no se puede desconocer que aún queda camino por recorrer en cuanto a la sensibilización o socialización del alcance de este convenio, en especial a qué tipo trabajadores aplica. Por ejemplo, en los contenidos de los microdiseños o *syllabus* de las asignaturas de Derecho Laboral Individual o Colectivo no se incluye o desarrolla, al menos en el caso colombiano.

Ante ese desafío, la Organización Marítima Internacional (OMI) promulgó en la Conferencia de Manila de 2010 el día 25 de junio como Día de la Gente de Mar, como un reconocimiento a su importante contribución en el desarrollo del comercio internacional, en algunos casos con condiciones laborales que no se ajustan al convenio.

## 5. EL CTM 2006 EN COLOMBIA

Colombia ha sido de los países que no ha logrado ratificar el convenio, a pesar de que más 14.000 personas conforman la gente de mar, de los cuales 2557 cuentan con títulos de navegación internacional y 11.695 tienen licencia de navegación. En la actualidad, 495 mujeres poseen título y licencia de navegación (Dirección General Marítima, 2020). Lo cual sorprende, puesto que hemos ratificado 61 convenios de la OIT, entre ellos el constitutivo de este organismo, mediante el Tratado de Versalles de 1919, incorporado a nuestra legislación interna mediante la Ley 49 de 1919.

Por lo tanto, no ha logrado armonizar su legislación interna a la luz del convenio sobre trabajo marítimo, sino que se siguen aplicando normas como el Decreto 1015 de 1995, que establece el contrato de enrolamiento<sup>3</sup> (y lo sujeta a las cláusulas contenidas en el contrato, bajo la inspección de las autoridades administrativas del trabajo. Hay que recordar que el contrato de enrolamiento tiene como sustento internacional el convenio número 22 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual fue revisado y ajustado por el CTM2006.

A continuación, nos permitimos referenciar el cuerpo normativo vigente en Colombia que se conecta con la gente de mar:

---

<sup>3</sup> El artículo 2 del Decreto 1015 de 1995 define el contrato de enrolamiento de la siguiente forma:

“Es aquél por el cual una persona que pertenezca a la clasificación de Gente de Mar, se obliga a prestar un servicio personal en un buque bajo la continua dependencia o subordinación del empleador y mediante remuneración. El contrato de enrolamiento será suscrito por el empleador o su representante y por la Gente de Mar. Deberán darse facilidades al trabajador y a sus consejeros para que examinen el contrato de enrolamiento antes de ser firmado. Una vez firmado, copia del mismo, será remitida al inspector de trabajo de su jurisdicción para su depósito y posterior constatación del cumplimiento de las condiciones establecidas en él. Los contratos de enrolamiento celebrados en el exterior, para prestar servicios en naves de bandera colombiana, se registrarán por las leyes colombianas aunque el contrato se inicie en puerto extranjero. Tal como lo dispone el Decreto-ley 2324 de 1984, en las naves de matrícula colombiana, el capitán, los oficiales y como mínimo el ochenta por ciento (80 %) del resto de la tripulación deberá ser colombiana. El castellano deberá usarse obligatoriamente en las órdenes de mando verbales y escritas y en las anotaciones, libros o documentos exigidos. La Dirección General Marítima autorizará a los armadores la contratación de personal extranjero, cuando en el país no lo hubiere capacitado o idóneo en número suficiente”.

<b>Tipo de Norma</b>	<b>Número</b>	<b>Año</b>	<b>Temática</b>
Ley	35	1981	Esta ley ratifica y por tanto incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el Convenio Internacional sobre las Normas de Formación, Titulación y Guardia de la Gente del Mar firmado en Londres el 7 de julio de 1978, mejor conocido por su sigla STCW.
Decreto Ley	2324	1984	Este Decreto preconstitucional establece la naturaleza, organización y competencias de la Dirección General Marítima -DIMAR-
Decreto Ley	1597	1988	Por el cual se reglamenta la Ley 35 de 1981 y parcialmente el Decreto Ley 2324 de 1984”.
Decreto Reglamentario	1015	1995	Esta Decreto reglamenta la Ley ratificadora del STCW, por lo que se dedica a establecer las normas y los requisitos para la formación, titulación y ejercicio profesional de la gente de mar que compone las tripulaciones de los buques de la Marina Mercante Colombiana dedicados al transporte marítimo, la pesca, las actividades de recreo y otras.
Decreto Reglamentario	1070	2015	Es una norma bastante extensa, ya que es compila aspectos relacionados con el sector administrativo de defensa. No obstante, en su parte 4, Capítulo I, relaciona normas y requisitos para la formación, titulación y ejercicio profesional de la gente de mar.

Fuente: elaboración propia a partir del rastreo normativo.

Por consiguiente, consideramos preciso clarificar los recursos o procedimientos efectivos que permitan garantizar los derechos laborales de la gente de mar, especialmente en los Estados que no han ratificado el CTM2006, como es el caso de Colombia, toda vez que gran parte de la normatividad vigente a nivel nacional es anterior a la promulgación del CTM2006 e incluso a la Constitución Política de 1991.

Los trabajadores de mar han solicitado a los Gobiernos de turno la ratificación por parte de Colombia del CTM2006, ya que sostiene que actualmente trabajan con una ley ordinaria que los pone en desventaja internacionalmente frente a los 102 países que cumplen con este convenio, pues es la carta de los derechos fundamentales de los marinos a nivel mundial.

En este punto se hace menester resaltar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con radicación número 38272 del 30 de enero de 2013, ya que al interpretar



el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere a los convenios de la OIT que no hayan sido ratificados por un Estado miembro de este organismo internacional:

1. Es de esta manera como un convenio de la OIT no ratificado por el Estado colombiano puede fungir como norma subsidiaria o supletoria. O sea, tal convenio únicamente sería aplicable en ausencia, o ante insuficiencia, de una norma principal vigente, exactamente idónea para subsumir al caso controvertido, y además cuando sea ese instrumento internacional el que, comparativamente con otras fuentes supletorias, ofrezca una regulación más específica y favorable.
2. Pero, aparte de contener regulaciones de las que adolezca la normativa principal vigente, para poder ser aplicados como normas subsidiarias los convenios de la OIT no ratificados deben reunir una segunda condición, según las voces del citado artículo 19 del CST: deben ser funcionales al sistema normativo laboral colombiano. Utilizando la expresión literal del legislador, esos convenios no ratificados solamente podrán fungir como normas de aplicación supletoria *“en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país”*. Con otras palabras, el convenio no ratificado debe armonizar axiológica o ideológicamente con el sistema jurídico laboral colombiano.

Esta decisión judicial puede ser una luz de esperanza para los trabajadores del mar, ya que permite la aplicación del CTM2006 vía interpretación, toda vez que este no se opone a nuestras leyes, e incluso resulta más garantista. Adicionalmente, la Corte Constitucional destacó lo siguiente:

[E]l Gobierno colombiano, al ratificar la Constitución de la OIT y los posteriores convenios sobre libertad sindical (es decir, habiendo demostrado su voluntad de asumir políticas institucionales para la protección y el progreso de los derechos de los trabajadores colombianos, y en especial, de los sindicalizados) adquirió, en el ámbito internacional, la obligación de no menoscabar los derechos que había concedido y, aún más, de implementar los que mediante esos instrumentos se comprometía a llevar a cabo. (Sentencia T-568 de 1999)

Las anteriores sentencias relacionadas nos llevan a preguntar: ¿un juez Laboral puede aplicar el CTM2006 al momento de resolver un caso relacionado con trabajo marítimo y gente de mar? La respuesta puede ser afirmativa en virtud de la sentencia de la Sala de Casación Laboral relacionada anteriormente:

[E]l juez tiene siempre el deber de fallar de forma integral y no puede rehusarse a hacerlo bajo el pretexto de *“silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley”*. Es decir, cuando el juez encuentre lagunas o vacíos normativos, por ausencia de norma principal que regule el caso, o por insuficiencia de la que exista, deberá recurrir a las fuentes supletorias. Es de esta manera como un convenio de la OIT no ratificado por el Estado colombiano puede fungir como norma subsidiaria o supletoria. O sea, tal convenio únicamente sería aplicable en ausencia, o ante insuficiencia, de una norma principal vigente, exactamente idónea para subsumir al caso controvertido, y además cuando sea ese

instrumento internacional el que, comparativamente con otras fuentes supletorias, ofrezca una regulación más específica y favorable. (Corte Suprema de Justicia, 2013)

Por último, se puede mencionar que en el caso colombiano, el debate continúa hasta lograr la ratificación del CTM2006 y luego su implementación, para que así nuestra legislación interna frente a los derechos de la gente de mar se ajuste a los mandatos internacionales, en especial de la Organización Internacional del Trabajo, ya que resulta paradójico que un país rodeado por dos océanos aún no haya incorporado en su legislación interna este importante instrumento internacional.

## CONCLUSIONES

El Convenio de Trabajo Marítimo 2006 surge como una necesidad de actualizar las distintas normas que se habían expedido por la Organización Internacional del Trabajo desde 1919; constituyéndose en el principal instrumento internacional para la gente de mar en defensa de sus derechos laborales en el mar y en tierra, siendo importante la labor que realicen los Estados, tanto Pabellón como Puerto, al momento de inspeccionar y vigilar el cumplimiento de este convenio, para que así no se vulneren sus derechos por parte de los empleadores.

Si bien ha sido significativa la ratificación del CTM2006 por parte de muchos países, es necesario seguir promoviendo su adopción en Latinoamérica y el Caribe. Toda vez que este convenio, al sistematizar las distintas normas internacionales relacionadas con la gente de mar, se constituye en la fuente reguladora de sus derechos laborales, para así generar condiciones de trabajo justas y dignas que contribuyan a su calidad de vida.

Las responsabilidades atribuidas a los Estados Pabellón y de Puerto han permitido consolidar al CTM2006 con una herramienta importante para la garantía de los derechos laborales de la gente de mar y calidad de vida a bordo de los buques. Así mismo, ha permitido ampliar la expresión gente de mar a otros tipos de actividades y categoría de trabajadores a bordo de buques que anterior a este no resultaba tan claro.

En el plano colombiano, el panorama es incierto, ya que no se avanza en la ratificación del CTM2006 pese a la solicitud insistente de la gente de mar; no obstante, existen decisiones judiciales que vía interpretación se pueden aplicar como norma supletoria en los eventos que se presenten casos relacionados con el trabajo marítimo ante los jueces laborales nacionales.

## REFERENCIAS

- Bologna, S. (2019). Convenio sobre el trabajo marítimo 2006 (MLC,2006). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7 (número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019).
- Christodoulou-Varotsi I. (2012). Critical review of the consolidated maritime labour convention (2006) of the international labour organization: Limitations and perspectives. *J Maritime Law Commerce*, 43(4), 467-489.
- Corte Constitucional (1999). Sentencia T-568, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2013). Sentencia del 30 de enero de 2013. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Radicado número 38272.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, 10 de diciembre, 1982. [https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/convenmar\\_es.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convenmar_es.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2019). *Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, en su versión enmendada 2006 (MLC, 2006). Preguntas más frecuentes*. [https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/what-it-does/faq/WCMS\\_827079/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/what-it-does/faq/WCMS_827079/lang--es/index.htm)
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2006). *Convenio de Trabajo Marítimo 2006*. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:91:0::NO:91:P91\\_INSTRUMENT\\_ID:312331:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:91:0::NO:91:P91_INSTRUMENT_ID:312331:NO)
- Piniella, F. (2016). El convenio internacional del trabajo marítimo: Análisis de un año de inspecciones en el MoU de París. En J. Cabeza y E. Rodríguez (Coords.), *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídicos-marítimos* (pp. 187-202). Bormazo.
- Presidencia de la República (1988). Decreto-Ley 1597, *por el cual se reglamenta la Ley 35 de 1981 y parcialmente el Decreto - ley 2324 de 1984*.
- Presidencia de la República (1984). Decreto-Ley 2324, *por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria*.
- Presidencia de la República (1995). Decreto 1015, *por el cual se reglamenta la Ley 129 de 1931 aprobatoria del Convenio número 22 de la Organización Internacional del Trabajo sobre contrato de enrolamiento de la gente de mar*.
- Presidencia de la República (2015). Decreto 1070, *por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa*.
- Dirección General Marítima. (25 de junio de 2020). Gente de Mar: protagonista y soporte de la Colombia Bioceánica. Bogotá, D.C., Colombia. <https://www.dimar.mil.co/gente-de-mar-protagonista-y-soporte-de-la-colombia-bioceanica>
- República de Colombia (1919). Ley 49, *por la cual se concede una autorización al Gobierno*.

República de Colombia (1981). Ley 35, *por medio de la cual se aprueba el “Convenio Internacional sobre las Normas de Formación, Titulación y Guardia de la Gente del Mar”, firmado en Londres el 7 de julio de 1978.*

Ribes, M. (2012). El CTM06 y las cuestiones laborales en la supervisión de la seguridad marítima. *Revista General de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social*, 32, (pp. 1-17) .

Vicente, A. (2014). El control de las condiciones de trabajo en el ámbito marítimo. Facultades del Estado del Pabellón y del Estado del Puerto: previsiones internacionales y comunitarias. En O. Fotinopoulou (Coord.), *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente de mar* (pp. 645-703). Gomylex.

# **La amistad entre los Estados nación y la teoría del bien público internacional: un acto de equilibrio entre el minilateralismo y el multilateralismo\***

*Friendship between Nations and the Theory of  
International Public Goods: A Balancing Act  
between Minilateralism and Multilateralism*

ANDRÉS TÉLLEZ NÚÑEZ

Abogado, magíster en Filosofía y doctor en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana. LL.M. de la Universidad de Georgetown. Profesor investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. [aatellez@javeriana.edu.co](mailto:aatellez@javeriana.edu.co). <https://orcid.org/0000-0002-6775-4101>

---

\* Artículo de investigación preparado en el marco del proyecto número 9785 titulado *Multilateralismo en crisis: hacia una reformulación del principio de liberalización e integración económicas* y aprobado por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este trabajo es reflejo de mi compromiso como profesor investigador de la planta en dicho centro de estudios.

## Resumen

Esta investigación tiene como objetivo mostrar que ante la fragmentación del multilateralismo clásico en el derecho internacional de la política y del comercio, un minilateralismo emergente, que dé un alcance renovador y justo a las relaciones entre Estados, es jurídica y moralmente aceptable en cuanto se considere que la dignidad humana sea tanto valor como fuente del derecho. Mediante una metodología de investigación dogmático-hermenéutica, y una vez expuestas las características de la tensión entre el multilateralismo y el minilateralismo, los argumentos que fundamentan un nacionalismo bueno, y la vinculación de estas nociones con un estudio de la teoría de los bienes públicos en el contexto de una amistad internacional que proclama que ellos son objetivamente buenos con base en algunas aproximaciones de una teoría clásica (platónica) de justicia y la utilización de algunas herramientas del derecho económico, se descubre que los Estados y sus representantes continuamente llevan a cabo una serie de cálculos en aras de obtener y conservar lo que ellos perciben como bueno y como beneficio, y se concluye que una posición intermedia entre un minilateralismo y un multilateralismo es aceptable siempre y cuando se considere que la dignidad humana es fuente y valor del derecho.

### PALABRAS CLAVE

Multilateralismo, minilateralismo, Resolución 2625, fragmentación, liberalización.

## Abstract

This investigation has the purpose of showing that given the fragmentation of classic multilateralism in the context of international law of trade and politics, an emerging minilateralism that provides international relations with a new and fair context, is juridically and morally acceptable as long as human dignity is deemed both a value and a source of law. By means of a dogmatic and hermeneutic methodology, and once the features of the tension between multilateralism and minilateralism, the arguments defending a good nationalism and the connection of these notions with a study of the theory of public goods in the context of international friendship that states that they are objectively good on the basis of some approaches of a classic (platonic) theory of justice and the use of some tools of law and economics have been presented, it is discovered that States and their representatives continuously engage in calculations in order to obtain and preserve what they consider good and beneficial, and it is concluded that a balance between minilateralism and multilateralism can be achieved as long as human dignity is considered both a source and value of the law.

### KEYWORDS

Multilateralism, minilateralism, Resolution 2625, fragmentation, liberalization.

## INTRODUCCIÓN

La historia del derecho internacional moderno comprende dos periodos: uno correspondiente a la segunda mitad del siglo XX y otro correspondiente a la tercera década del siglo XXI, que, además, coincidió con el inicio de una pandemia. Ambos periodos pueden describirse amplia y respectivamente: uno como *multilateral-liberal* (Fandl, 2021, p. 582; Yusuf, 2020, p. 505) y el otro como *minilateral-reaccionario*, con visos marcados de nacionalismo político y económico (Puig, 2014, pp. 492 y 496; 2015, p. 14; Yusuf, 2020, pp. 505 y 508).

Esta investigación, que se llevó a cabo en el contexto de un proyecto de investigación de filosofía del derecho internacional sobre la crisis del multilateralismo, tiene como objetivo estudiar el último periodo precitado mediante una exposición de la teoría de los bienes públicos internacionales<sup>1</sup>, afirmando que el mismo se ha erosionado y fragmentado (Agon, 2020, p. 76; Lehmann, 2017, p. 407; Melo, 2017, p. 160; Puig, 2015, p. 16) y se ha convertido en un *minilateralismo nacionalista* (Téllez, 2022, p. 86) —luego de haber pasado por un regionalismo (Agon, 2020, p. 76)—, el cual solo es aceptable jurídicamente si, al tiempo que se salvaguardan los intereses nacionales de los Estados, se contribuye al desarrollo de la comunidad internacional mediante la protección, salvaguardia y goce de los bienes públicos internacionales, todo lo cual constituiría una verdadera amistad internacional; sin embargo, esto únicamente sería logable en la medida en que la dignidad humana sea considerada como fuente y valor del derecho (Habermas, 2010, pp. 3-4), y el respeto de los derechos humanos sea la prioridad y norte de la teoría y praxis del encuadramiento jurídico-legal de las relaciones internacionales, que es, precisamente, lo que constituye el derecho internacional público.

La hipótesis de trabajo de esta investigación defiende la existencia y surgimiento de un *minilateralismo nacionalista* mediante la siguiente afirmación: la búsqueda de la virtud y del bien para un agente (el Estado) resulta en el bien de la agrupación (la comunidad internacional)<sup>2</sup> —es decir,

---

<sup>1</sup> Esto se afirma en la medida en que la búsqueda y posesión de los bienes públicos internacionales son elementos que pueden explicar la realización del derecho internacional público. En las *Leyes*, Platón dice lo siguiente sobre la mayor ignorancia y su relación con la apreciación de los bienes y de lo bueno: “la que se da cuando algo parece hermoso y bueno a alguna persona y no lo ama, sino que lo odia; y ama, en cambio, y se abraza a lo que parece malo e injusto” (3.689a).

<sup>2</sup> La relación entre la búsqueda del bien y la virtud por parte de un individuo como elemento para lograr la felicidad en el Estado se encuentra en las *Leyes* (1.630c3-6; 4.705d3-706a4; 4.707d1-5; 6.770c7-e1; 12.962b4-963A4) y en la *República* (4.419a-421c; 433b) de Platón. Sin embargo, al paso que en la *República* no se insiste en la virtud de los ciudadanos en cuanto muchos no son filósofos, en las *Leyes* se busca que el ciudadano sea virtuoso (Bobonich, 2002, pp. 119-120; Purshouse, 2006, pp. 49 y 53; Rosen, 2005, pp. 53-54; Stalley, 1983, p. 59).

de los otros, en un contexto de alteridad—, lo cual se logra cuando el sujeto de derecho (Estado), si es virtuoso, actúa para lograr el bien de los otros (comunidad internacional).

Por tanto, en el escenario normativo de las relaciones internacionales, esto se materializa de la siguiente manera: si en el multilateralismo de posguerra el supuesto correcto consistió en el fomento de la cooperación y en la evitación de la guerra y el hambre a través de la promulgación de una serie de normas internacionales de alcance global, en el segundo periodo antes referido parece haber un cambio: la búsqueda del bien internacional ya no parece darse en un sentido jerárquico —de lo multilateral a lo minilateral o de lo más grande a lo más pequeño o de arriba hacia abajo—, sino en un sentido inverso: de lo minilateral a lo multilateral, de lo más pequeño a lo más grande y de abajo hacia arriba —el Estado actúa primero en un contexto reducido, y eso se refleja en la organización internacional— (Puig, 2015, p. 58).

Hay hoy una tendencia en virtud de la cual parece que los Estados primero buscan su bien; un cálculo virtuoso supone que (solo) luego puede realizarse el bien de la comunidad internacional. En el multilateralismo de posguerra, el bien propio del Estado se buscaba universalizando (Lamp, 2016, p. 118) el bien de los otros Estados, y este prevalecía.

En el minilateralismo del siglo XXI, el bien de los otros Estados se busca particularizando el bien propio, y es este el que se hace prevalecer<sup>3</sup>.

Aunque una y otra aproximación debe resultar teóricamente en el bien de la comunidad de naciones, la primera, es decir, el multilateralismo liberal, parece estar dándole paso a la segunda: el minilateralismo nacionalista (reaccionario). Esta será aceptable jurídicamente solamente si se considera la *dignidad humana* como fuente y valor del derecho, y el cumplimiento de los derechos humanos dentro del Estado es considerado como medio y fin que son primordiales<sup>4</sup>.

En este sentido, este artículo de investigación busca examinar esta hipótesis de trabajo desde la filosofía del derecho internacional y en torno a los desafíos que suponen la interpretación y aplicación de las normas legales internacionales en un contexto de adopción de conductas co-

---

<sup>3</sup> En las *Leyes* se establece una relación de dependencia entre (otros) bienes y virtud, aunque sin desconocer que la virtud (también) es un bien. Los pasajes correspondientes son 660e2-661d3 (Bobonich, 2002, pp. 89 y 134).

<sup>4</sup> Los mecanismos concretos a través de los cuales esto puede materializarse comprenden, por ejemplo, la inclusión en los tratados minilaterales de disposiciones que protejan los derechos de las minorías, de tipo laboral y de seguimiento general, de cuidado del medio ambiente, etc. (Téllez, 2022, p. 88 y Shaffer, 2019, p. 23). Vale la pena anotar que a la palabra 'dignidad' se le atribuye en este contexto su significado común en el idioma español y, desde la ciencia jurídica, se le atribuye ser un valor y una fuente del derecho.



merciales y políticas aislacionistas (Téllez, 2022, p. 93) y de un número creciente de fenómenos de autoritarismo (Gingsburg, 2020, p. 257) y de violación de compromisos multilaterales.

El método es dogmático-normativo y hermenéutico (Cho, 2001, p. 461; Lehmann, 2017, pp. 422 y 426; Pemmaraju, 2021, p. 195; Wheatley, 2020, p. 195<sup>5</sup>), en cuanto la investigación busca precisar los nuevos contornos interpretativos de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Anexo a la Resolución 2625 de la XXV Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (en adelante “Resolución”) y del artículo II del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (en adelante “Acuerdo”).

La evidencia empírica que se utilizó como materia prima de la investigación se concentra particularmente en (i) la mención de regímenes tiránicos<sup>6</sup> que tienden a violar la integridad territorial de los Estados<sup>7</sup> y su capacidad de autogestión y autoorganización política y que han proliferado en los últimos veinte años y (ii) la emergencia del proteccionismo comercial (García et al., 2019, p. 35; 2015, p. 1979; Meyer, 2018, p. 531; Trebilcock y Trachtman, 2020, p. 22) junto con el uso o abuso de posturas nacionalistas o aislacionistas en el ámbito internacional político-legal.

El lector notará que habrá una referencia a ciertas tácticas de nacionalismo económico (Shaffer, 2019, p. 42) y político que, de acuerdo con la hipótesis de trabajo que aquí se expone, en ocasiones, *aparentemente* viola los dictados sustantivos y adjetivos de la ley y el derecho internacionales, pero que, en caso de que se adopten mediante el respeto de la *dignidad humana* y el cumplimiento de los derechos humanos, resultarían jurídica y políticamente aceptables.

Este texto se divide en dos capítulos. El primer capítulo presenta un ejercicio de ilustración desde la filosofía del derecho internacional sobre las nociones de multilateralismo y de minilateralismo, y expone sus principales características.

---

<sup>5</sup> Coincido con esta reflexión de Wheatley (2020, p. 195) que expone un contorno del método hermenéutico: “Words for international lawyers mean what international lawyers decide they mean” (“Para los abogados internacionistas las palabras significan lo que los abogados internacionistas deciden que ellas significan”). Traducción del autor.

<sup>6</sup> Es decir, caracterizados por la tiranía o todo lo contrario al Estado de derecho.

<sup>7</sup> La integridad territorial es una cualidad que es central en el proceso de interpretación de cualquier norma de derecho internacional público (Damrosch y Murphy, 2014, p. 359).

El segundo capítulo plantea una nueva propuesta teórica<sup>8</sup> de amistad internacional a la luz de la hipótesis de trabajo que este trabajo intenta defender en la cual se presenta una aproximación a la teoría de los bienes públicos internacionales con una especie de catálogo de los mismos.

La aproximación aquí contenida supone un esfuerzo hermenéutico (Lehmann, 2017, p. 424) para caracterizar la realidad jurídica, política y económica de las relaciones internacionales modernas y brinda los elementos heurísticos para lograr un balance entre una postura multilateralista y una postura minilateralista que permita el logro y vivencia del *bien* para todas las naciones y el logro de su felicidad materializada en condiciones de bienestar físico y psicológico<sup>9</sup>, lo cual, aunque no implicará necesariamente la cesación permanente de las violaciones de los derechos humanos y de conflictos internacionales o de infracciones del régimen legal internacional, sí puede orientar sobre el entorno axiológico que debe rodear la aplicación de las normas jurídicas internacionales que buscan garantizar la paz y la armonía globales o, ampliamente, la *amistad internaciones*.

## 1. LA TENSIÓN AXIOLÓGICA ENTRE EL MULTILATERALISMO LIBERAL Y EL MINILATERALISMO REACCIONARIO. UN ACTO DE EQUILIBRIO HERMENÉUTICO

Este primer capítulo presenta las dos tendencias que existen actualmente en la vivencia del derecho internacional público: por un lado, el postulado de liberalización comercial global que se planteó cuando finalizó la Segunda Guerra Mundial —el multilateralismo clásico—, el cual se encuentra reflejado, verbigracia, en el artículo II del Acuerdo<sup>10</sup> y, por otro lado, las nuevas tendencias que abogan por un minilateralismo, si se quiere, reaccionario y nacionalista. Los ataques

---

<sup>8</sup> Este artículo no se centrará en la teoría del boicot económico, ya que dicho tema excede el marco teórico de esta investigación.

<sup>9</sup> En la *República* y en las *Leyes*, Platón nos dice que hay una conexión entre el logro de la justicia y el placer (Stalley, 1983, p. 59).

<sup>10</sup> Los literales a) y b) del Artículo II del Acuerdo dicen: “a) Cada parte contratante concederá al comercio de las demás partes contratantes un trato no menos favorable que el previsto en la parte apropiada de la lista correspondiente anexa al presente Acuerdo. b) Los productos enumerados en la primera parte de la lista relativa a una de las partes contratantes, que son productos de los territorios de otras partes contratantes, no estarán sujetos —al ser importados en el territorio a que se refiera esta lista y teniendo en cuenta las condiciones o cláusulas especiales establecidas en ella— a derechos de aduana propiamente dichos que excedan de los fijados en la lista. Dichos productos estarán también exentos de todos los demás derechos o carga de cualquier clase aplicados a la importación o con motivo de ésta que excedan de los aplicados en la fecha de este Acuerdo o de los que, como consecuencia directa y obligatoria de la legislación vigente en el territorio importador en esa fecha, hayan de ser aplicados ulteriormente”. Sobre la definición, el alcance y una de las dimensiones de la

de la administración de Donald Trump hace unos años a iniciativas globales en materia de protección del medio ambiente, a la Organización Mundial de Comercio y a su sistema de resolución de disputas y a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) son prueba de esta tendencia que carece de ciertos elementos centrales de justicia, los cuales pretendo explicar y discutir.

En la primera sección explicaré las características y los problemas y en la segunda sección expondré por qué un nacionalismo (solo) en cuanto a sus contornos positivos podría considerarse una respuesta aceptable jurídicamente en el concierto de las relaciones económicas internacionales.

La aproximación a la vivencia de la justicia supone que aquel que se propone hacer algo bueno por el otro está, al mismo tiempo, haciendo algo bueno por sí mismo porque está actuando de manera virtuosa y, por ende, es feliz<sup>11</sup>.

Si se traslada esa premisa criteriológica al conjunto de las relaciones internacionales, podría afirmarse, igualmente, que aquel Estado que busque su propio bien, es decir, que sea virtuoso, hará que, al mismo tiempo, esté buscando el bien de la comunidad global. En cierto sentido, una aproximación minilateral-nacionalista, es decir, una postura que sitúe los intereses nacionales por encima de los intereses globales, no es ni jurídica ni políticamente inaceptable siempre que el fin u objetivo buscado sea la promoción de la protección de la dignidad humana como fuente y como valor del derecho (Habermas, 2010, p.1).

Pese a que desde el punto de vista filosófico-gramatical pueda pensarse en una suerte de contradicción cuando se afirma que buscar el interés propio y ponerlo por encima del interés de los demás podría implicar un acto de injusticia, este contraargumento puede discutirse y rebatirse afirmando que (i) bajo los postulados de la teoría de elección racional eso es lo que ocurre en el plano de la realidad y que (ii) buscar el interés o bien propios no es injusticia si lo que se procura, al mismo tiempo, es el bien de la otra entidad.

La postura (i) puede denominarse *racional-normativa* y la postura (ii) puede denominarse *altruista*.

---

expresión *minilateralismo* y un contraste con el *multilateralismo*, el lector puede consultar la obra de la académica francesa Alice Pannier.

<sup>11</sup> Esto es un postulado platónico que se encuentra tanto en la *República* como en las *Leyes* (Stalley, 1983, p. 59).

Una noción de amistad internacional supondrá el hallazgo de un balance entre la búsqueda del propio bienestar y la búsqueda del bien de otra entidad o entidades. ¿Es eso posible o alcanzable? ¿Bajo qué esquema? ¿Bajo alianzas o grupos minilaterales o multilaterales?

El lector debe notar que el esfuerzo de esta indagación supone brindar elementos teóricos que mitiguen o debiliten posturas que causan daño y malestar a la comunidad internacional en un contexto del deber ser.

Creo que al dirigente o líder en un Estado de derecho a quien le corresponda leer y aplicar los principios del derecho internacional no le sobraría tener una guía interpretativa de lo que es y debe ser la amistad entre las naciones. Entonces ¿qué es justicia y qué es injusticia?<sup>12</sup>; ¿qué es bien y qué no? y ¿cómo se enmarca la persecución de políticas aislacionistas en el contexto de esta reflexión? Intentaré abordar estas cuestiones en las siguientes partes del artículo.

### **1.1 El choque de fuerzas entre el multilateralismo y el minilateralismo. Un círculo vicioso**

La expresión *minilateralismo* (Lehmann, 2017, p. 427; Stemler et al., 2017, p. 595) al parecer fue acuñada por el exeditor de la revista *Foreign Policy*, el señor Moisés Naim, en el contexto de una nueva teoría, según la cual se busca la participación del *menor número* de Estados para tener el máximo efecto posible con el fin de solucionar un problema (Brummer, 2014, p.18; Powell y Low, 2011, p. 265).

El *minilateralismo*, así descrito, puede oponerse primeramente a lo que se ha denominado *multilateralismo*, pero también puede contrastarse con lo que Krisch (2014, pp. 1-2) caracteriza como una decadencia en la era del consentimiento y una emergencia de mecanismos informales de creación de normas jurídicas que han tenido que ver con cierto carácter liberal bajo la premisa de la defensa de los derechos humanos y una crisis de legitimidad de las instituciones internacionales (Roth, 2021, p. 60).

Al hablar de un debilitamiento del consentimiento (mutuo) como forma de creación del derecho internacional y al mencionar un informalismo, aparece el unilateralismo (Lehmann, 2017, p. 425) en un extremo indeseable, que es, además, reflejo de las asimetrías de poder (Krisch, 2014, p. 10).

---

<sup>12</sup> La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados refiere en su *chapeau* los denominados *principios de justicia*. La dignidad humana como valor y fuente del derecho central en el proceso de interpretación de los tratados es referida por Téllez (2020, p. 211) siguiendo a Habermas (2010).

¿Cuántas decisiones se pueden tomar sin consultar a los otros Estados y cuántas acciones se pueden llevar a cabo de manera unilateral? Esto, por supuesto, va en contra de postulados iusnaturalistas que consideran que una combinación del consentimiento con una observación de la evidencia material explica el fundamento del derecho (internacional) (O'Connell, 2021, p. 141).

Estimo que el reto axiológico dentro de una visión realista del derecho es lograr un equilibrio o un balance entre las dos posturas referidas y desechar el unilateralismo.

Si en la conducción de las relaciones internacionales no puede desecharse ni el minilateralismo ni el multilateralismo, pero tampoco puede pensarse en que en todas las ocasiones habrá un consentimiento formal, corresponde entonces encontrar herramientas o utensilios que expliquen y fundamenten una redefinición o una resignificación del actuar concertado o consentido de los Estados, no tanto en lo atinente al motivo de por qué no o por qué sí se injiere en los asuntos de otros Estados (por ejemplo, por motivos humanitarios<sup>13</sup>), sino, más bien, en lo atinente a la forma de actuar: o los Estados actúan a través de pequeños clubes o grupos (minilateralismo) o actúan a través de grandes estructuras formales formadas luego de la Segunda Guerra Mundial (multilateralismo).

Quizás la teoría de los bienes públicos internacionales unida a la identificación de ciertos criterios puedan ayudar en este esfuerzo de caracterización y resignificación.

Se afirmó al principio de esta exposición que la búsqueda del bien propio debe implicar y suponer la búsqueda del bien del otro; en un contexto de Estados relacionados unos con otros hay dos niveles de consentimiento que, quizás, se han debilitado y que podrían recuperar su vigor a través de los mecanismos que aquí se proponen.

---

<sup>13</sup> El tema de la intervención con fines humanitarios y la teoría de *responsibility to protect* (R2P) excede el alcance de esta investigación en cuanto que esta procura ilustrar no tanto por qué se interviene, y si eso es o no una violación del principio de no intervención, sino, más bien, cómo se interviene a la luz de una resignificación del principio de no intervención en un contexto multilateral o minilateral. Sobre los deberes para entidades que no son miembros de una comunidad, puede consultarse el texto de Roth (2021, pp. 64-65). De acuerdo con Wheatley (2020, pp. 171-172), que resume la postura de la Corte Internacional de Justicia sobre el principio de no intervención, este tiene los siguientes cuatro elementos: (i) rige las injerencias “deliberadas” de un Estado en los asuntos de otro; (ii) la injerencia tiene lugar sobre un asunto respecto del cual el otro Estado debe decidir libremente; (iii) la injerencia es ilegal en cuanto disponga de métodos coercitivos; (iv) no constituye la adopción de una contramedida. Desde el punto de vista filosófico-jurídico, el alcance la palabra ‘coerción’ sigue siendo objeto de reflexión y análisis. Pueden consultarse los estudios de Michael Bayles, Joel Feinberg, Joel Rudinow y Scott Anderson (pp. 177-182).

Los dos niveles de consentimiento son los siguientes: por una parte, el correspondiente al estadio de creación de la norma jurídica, esto es, el proceso de construcción de un tratado internacional; por otra parte, el que se requiere para activar el cumplimiento y ejecución de una norma internacional.

Quiero analizar este problema del consentimiento y su relación con posturas multilaterales, minilaterales y unilaterales en dos entornos precisos: uno, referente a la búsqueda de la paz y la seguridad internacionales y, otro, referente al comercio internacional.

Por ejemplo, en el contexto de la búsqueda de la paz y la seguridad internacionales, la Carta de las Naciones Unidas (que es un tratado multilateral, cuya entrada en vigor requirió el consentimiento de los Estados negociadores) establece las funciones del Consejo de Seguridad a efectos del uso de la fuerza, y se contempla el derecho a la legítima defensa (véase verbigracia su artículo 51). En este sentido, los miembros del Consejo de Seguridad deben consentir en la decisión.

Así, hay dos niveles de consentimiento requeridos en un contexto multilateral, el segundo de los cuales parece haberse debilitado con posturas o minilaterales o unilaterales, ora porque no se obtiene, ora porque ni siquiera se busca, ya que se actúa por fuera de los cauces formales.

Si esto ocurre, el primer nivel de consentimiento e, incluso, el principio de no intervención, se erosionan y el último (aparentemente violado) sí se realizará jurídicamente solamente en cuanto se procure la realización del bien, que es lo mismo que afirmar que se salvaguardan unos bienes públicos internacionales, cuyo eje rector no es otro que la dignidad humana en cuanto se considere como fuente y valor del derecho.

Si lo sustantivo es la dignidad humana, y lo formal, es decir, aquello en lo que ella debe caber y ser depositada se resume en mecanismos de diálogo continuo dentro del Estado de derecho, respeto de la libertad de expresión con la salvaguardia de la independencia de los medios de comunicación y con la creación de estructuras eficientes de monitoreo del cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos que cubren, sobre todo, la protección del medio ambiente, la salud pública, la política penitenciaria y carcelaria y los estándares laborales (Téllez, 2022, p. 95), la aproximación minilateral (en ocasiones también la unilateral) podrá ser considerada tanto justa como válida.

En cuanto al derecho del comercio internacional, el examen académico acerca de la tensión entre el multilateralismo y el minilateralismo se ha dado fundamentalmente en dos niveles: por una parte, en la proliferación de tratados comerciales entre un número reducido de Estados (Trebilcock y Trachtman, 2020, p. 48) que han erosionado y fragmentado los institutos jurídicos

universales (v.gr.: el artículo II del Acuerdo) y, por otra parte, en la asociación y relación entre el comercio y la inversión.

En este sentido se identifican, además, una serie de criterios de efectividad del sistema legal de comercio internacional, tales como “coherencia, determinación de la regla internacional y cualidad epistémica”, que también permiten evaluarlos y que no deben perder de vista la interacción con los intereses del sector privado.

Sobre el primer nivel, es decir, los esquemas minilaterales que tienden a fragmentar el sistema de comercio internacional, podría evitarse o reducirse mediante el cuidado de los bienes públicos internacionales a través de guías interpretativas que los tribunales locales podrían tener a mano (Puig, 2015, pp. 17-18 y 55).

Sobre el segundo nivel, es decir, la tensión entre comercio e inversión, ella podría enfrentarse a través de la protección de los intereses de los inversionistas privados que inevitablemente actúan a la luz de instrumentos hiperglobalistas (Brummer, 2014, p. 86). Optar por una vía multilateral o una vía minilateral supone, adicionalmente, una toma de decisiones basada en probabilidades y no en certezas.

Aun cuando pueda identificarse un bien (público) y se busque maximizar la ganancia y reducir el costo (Krisch, 2014, p. 38) o la eventual pérdida, lo cierto es que los Estados, tal y como ocurre con los individuos, actúan sobre la base de probabilidades y de incertidumbres.

Definir si esto es racional o irracional merece, quizás, otro examen filosófico; sin embargo, en el contexto del derecho del comercio internacional hay (i) información incompleta y (ii) incertidumbre acerca de las consecuencias y acerca de cómo deben ellas computarse. A eso se une un contexto típico de *dilema del prisionero* (Jacobsen, 1999, p. 781; Lehmann, 2017, pp. 432 y 434; Williams, 2019, p. 706) que hace que los Estados sigan o prefieran seguir su propio conjunto de reglas (Lehmann, 2017, p. 432) antes que cooperar.

Esto explica por qué surge un escenario minilateral en el cual, quizás, la cooperación pueda captarse más claramente que en un contexto multilateral o universalista, pero la tentación de proceder con un esfuerzo de armonización global —el multilateralismo— resulta manifiesto.

La hermenéutica (Cho, 2001, p. 461) demostrará, sin embargo, que una armonización de reglas (Lehmann, 2017, p. 421) necesariamente implicará problemas de interpretación de las normas jurídicas que otra vez conducirán, o bien a acciones unilaterales, o bien a acciones no consentidas enteramente, lo cual violaría la esencia de los principios democráticos y de soberanía —y ello, a pesar del rechazo a una noción tradicional de la misma (Kaul, 2012, p. 747; Lehmann, 2017,

p. 425; Roth, 2021, pp. 68-69 y 77; Pemmaraju, 2021, pp. 178 -179 y 182; Shao, 2021, p. 224)—, frente a lo cual no queda otra opción que un diálogo continuo que permita descubrir la posición del otro y sus intereses (Lehmann, 2017, p. 409).

Quizás sea la vía minilateral la que permite un diálogo más fluido y fructífero.

Se han expuesto anteriormente las principales características del multilateralismo y del minilateralismo en dos ámbitos —seguridad y comercio—, y se ha sugerido una forma de llegar a un equilibrio entre estas dos aproximaciones, equilibrio que se logra en la medida en que se entienda cómo una estructura minilateral que privilegie los intereses nacionales es jurídicamente aceptable siempre que se considere la dignidad humana como valor fundante y necesario para el disfrute de los bienes públicos internacionales —cuya exposición y catálogo expondré en los siguientes acápite—, y dado que en ese escenario un proceso de intercambio de información y de individualización de pretensiones parece ser algo más realista y eficiente.

## 1.2 Hacia un nacionalismo bueno

El nacionalismo como expresión política y antropológica tiene un contorno positivo y un contorno negativo. Usualmente, desde el punto de vista del derecho constitucional, se estudian sus aspectos negativos, que implican el deseo de dominación, de hegemonía y de imposición de valores culturales y sociológicos (Naranjo, 2014, p. 106).

No obstante, en el contexto de la tensión existente entre dos extremos que parecen contradecirse —el multilateralismo y el minilateralismo—, y que expuse en la primera sección de la disertación, el lado positivo del nacionalismo puede vislumbrarse más claramente: si los instrumentos normativos internacionales que fueron diseñados luego de la Segunda Guerra Mundial estuvieron inspirados en la idea racional y altruista de evitar conflictos internacionales y de motivar de manera permanente el logro de consensos (Lienau, 2017, p. 544), la dinámica histórica de las últimas décadas muestra que los fenómenos de desigualdad<sup>14</sup> y de inequidad (Lawrence, 2019, p. 521), o bien no pueden ser tratados efectivamente por las normas internacionales, sobre todo de tipo comercial o económico, o bien empiezan a ser objeto de excepciones y de violación o incumplimiento<sup>15</sup>, en algunos casos, con fundamentos jurídico-morales aceptables.

Una visión universalista de la justicia, que es la que caracteriza al derecho internacional moderno del primer periodo que se mencionaba al principio de este artículo, que ahora podría llamarse

---

<sup>14</sup> The World Bank (2019).

<sup>15</sup> Ver notas 17, 18 y 19.



“derecho trasnacional” (Pemmaraju, 2021, p. 193), es eficaz, efectiva y eficiente, pero solo hasta cierto punto. Al fin y al cabo, es la expresión racional de la humanidad para extrapolar una serie de postulados jurídico-axiológicos que muestren la igualdad esencial de los seres humanos.

Mas la naturaleza y condición humanas, a pesar de sus notas genéricas, comprenden especificidades que la justicia y la ley no son capaces de tratar de manera universal,<sup>16</sup> y también la racionalidad tiene un límite que, una vez desbordado, parece convertirse en irracionalidad.

Así, un llamado a una justicia individual concentrada en el *hacer continuo* —más que en un ser o un encontrar— se impone en la realidad porque las entidades, sean Estados o individuos (Roth, 2021, p. 85), notan las carencias de los postulados universalistas (Habermas, 2010, pp. 7 y 16). Esto, en el ámbito de los Estados, se concreta en expresiones nacionalistas que buscan proteger los intereses particulares dadas las características propias de sus economías, de sus sistemas políticos y de sus formas de gobierno.

La hipótesis de trabajo que aquí se estudia afirma que, en cuanto esas expresiones nacionalistas no busquen quebrantar los valores y principios del derecho internacional, es decir, no causar daño ni atentar contra los bienes jurídicos públicos a los que se hará una referencia en la segunda parte del artículo, estas pueden tener cabida dentro de posturas que se han llamado *minilateralistas* (Brummer, 2014, pp.1-21).

Por consiguiente, un grupo reducido de Estados a través de acuerdos internacionales, por ejemplo, se autoexceptúa de los cometidos generales y busca la resolución de conflictos en instancias más precisas y reducidas (Trebilcock y Trachtman, 2020, p. 57).

Una expresión nacionalista que únicamente busque proteger los intereses propios mediante la violación o incumplimiento de la normatividad internacional, por ejemplo, aumentando unilateralmente los aranceles, correspondería a un nacionalismo “malo” (Chow et al., 2019, p. 2137). Al contrario, una aproximación que busque proteger los derechos humanos y que tenga la dignidad humana como valor dentro del contexto del Estado y así lo exprese en instrumentos internacionales reducidos, correspondería a un nacionalismo “bueno” (Téllez, 2022, p. 99).

Esto se enmarca en un contexto que puede caracterizarse como un “contested multilateralism” (“multilateralismo rebatido”), es decir, una tendencia según la cual las entidades se alejan gra-

---

<sup>16</sup> El pasaje de las *Leyes* de Platón del cual puede inferirse que el derecho en cuanto universal no es omnipotente es 6.769b-771a.

dualmente de los regímenes legales internacionales y crean regímenes “difusos” (Julia Morse y Robert Keohane, citados por Melo, 2017, p. 160).

Estados Unidos, por ejemplo, que en los textos del derecho económico internacional parece figurar como defensor y quizás, creador, del multilateralismo moderno, ha sido un país con tendencias proteccionistas y el que primero pasó del multilateralismo a un minilateralismo en la forma de un bilateralismo (Melo, 2017, p. 164) e, incluso, cierto proteccionismo (Williams, 2019, pp. 683-86).

Hay dos fenómenos que parecen rodear el inicio de esta tendencia: por una parte, la percepción o intuición de que los estándares globales internacionales “no funcionan”; por otra parte, que hay una serie de intereses opuestos entre los llamados países desarrollados y los países no desarrollados (Melo, 2017, pp. 192-195).

Estos fenómenos se enmarcan también dentro de lo que la teoría del derecho internacional llama “intereses en conflicto” (“competing interests”), que sirven de marco para entender fenomenológicamente la praxis de las relaciones internacionales.

Estos intereses en conflicto pueden resumirse de la siguiente manera: (i) los intereses del Estado contrapuestos a los intereses del individuo; (ii) los intereses de los regímenes internacionales contrapuestos a los regímenes locales o nacionales; (iii) la asignación de los poderes gubernamentales para hacer cumplir el derecho internacional; (iv) la aspiración de lograr los derechos humanos en el ámbito universal contrapuesta a las diferencias sociológicas y culturales particulares (Damrosch y Murphy, 2014, pp. 920-921).

Dichos intereses contrapuestos ambientan la hipótesis de trabajo que se estudia y examina aquí en cuanto el fenómeno del minilateralismo-nacionalismo (Téllez, 2022, p. 99) parece ser el resultado natural y obvio de los intrínquilos de la realidad humana en el contexto de las relaciones internacionales.

Así, hay un aparato institucional, el Estado, por un lado, y el individuo de carne y hueso, por el otro, que se ve abrumado por el poder y dominio del primero —para esto existe el derecho constitucional—.

El Estado, además, se inserta en la comunidad internacional, pero, tal y como le ocurre al individuo dentro de su propio Estado, este queda sometido a una autoridad global que él mismo reconoció. Finalmente, esa misma autoridad internacional le da al Estado una serie de herramientas (Pemmaraju, 2021, p. 175) que puede utilizar en el nivel interno para hacer cumplir los compromisos internacionales que se materializan luego de un camino tortuoso en el cual las diferencias

sociológicas y culturales, o disminuyen su campo de aplicación o simplemente resultan en la creación de excepciones o caminos diferentes, por ejemplo, el minilateralismo.

El lector podrá notar que, a fin de cuentas, lo que existe es un permanente conflicto entre la visión que tiene el Estado y la visión que tiene el individuo, la visión de la comunidad internacional y la visión de la comunidad doméstica o local —el gobierno, en sentido amplio—; la visión de los derechos del Estado en la comunidad internacional y su apreciación particular sobre ellos y los valores y principios (Damrosch y Murphy, 2014, pp. 920-21).

No encuentro en el actual contexto una postura que explique de mejor manera y dé una solución a la problemática actual que una aproximación “nacionalista”, mas basada en la dignidad humana como valor y fuente del derecho que esté reflejada en los compromisos internacionales minilaterales.

Por consiguiente, un contorno de la hipótesis de trabajo que aquí se estudia implica afirmar que el derecho (internacional) comparte, en una especie de intersección, caracteres comunes con la moral, con la política (Kaul, 2012, p. 738) y con la estética (Rosen, 2005, p. 62).

Desde el punto de vista semántico o gramatical puede afirmarse, incluso, que el derecho es política, y que, en cierto contexto filosófico, platónico, especialmente, nada que sea considerado jurídico o justo puede ser inmoral o feo; todo lo justo es bueno (Stalley, 1983, p. 24).

El fenómeno del minilateralismo-nacionalismo en su dimensión buena, y por qué no, bella, encontraría entonces una explicación en los siguientes niveles: (i) la carencia de especificidad de las normas internacionales de carácter global dentro del contexto multilateral; (ii) la posibilidad de determinar de manera más precisa las necesidades de la población de pocos Estados; (iii) la existencia de cálculos internos y externos sobre los presuntos beneficios que se siguen (Meyer, 2015, pp. 1975 y 1979), o bien de seguir los compromisos multilaterales, o bien de introducir excepciones que pueden considerarse violaciones o incumplimientos.

El asunto sobre la racionalidad o la irracionalidad en la conducta de un Estado que, no obstante haber ratificado tratados internacionales, introduce excepciones o viola flagrantemente sus disposiciones, será estudiado con mayor detenimiento en la segunda parte de este artículo. En cualquier caso, prevalece un cálculo tanto en el ámbito de las dinámicas políticas internas (de los gobernantes y de los legisladores) como en el ámbito internacional.

A la par que se busca la obtención de lo que se percibe que es un beneficio —en el nivel interno podría ser un beneficio electoral siguiendo la teoría de la elección pública (Lehmann, 2017, p. 415; Meyer, 2015, p. 1975)— también hay un cálculo sobre lo que representaría la violación de

un compromiso multilateral —el costo que sufre la reputación del Estado— (Gustafsson, 2017, pp. 1213-14 y 1220).

Hay una constante tensión entre lo internacional y lo interno, y aquí se presenta una paradoja, tal y como la que se materializó en el caso de la experiencia estadounidense con el libre comercio y, de manera general, aquella propia de la retórica autoritaria que en la segunda y tercera década del siglo XXI ataca el multilateralismo.

La percepción de lo bueno y del bien, quizás, aunque loable, no resulta precisa cuando queda consignada en un instrumento multilateral.

En este sentido, los redactores de normas internacionales de tipo comercial y económico buscan una cooperación que, en el nivel que se da fuera de las fronteras parece sonar bien, pese a que no responde a las exigencias locales, y cuya única solución parece ser recurrir a la adopción de medidas discriminatorias (Meyer, 2015, p. 1943) o la preferencia por agrupaciones minilaterales.

Alguien podrá rebatir esta caracterización y afirmar que este análisis no es necesario en cuanto los mismos tratados internacionales, por ejemplo, el Acuerdo, contienen una serie de disposiciones (sus artículos XX y XXI<sup>17</sup>) que configuran un conjunto de excepciones. Efectivamente el tratado internacional puede contener excepciones, mas en ciertos casos lo que ocurre es que no

---

<sup>17</sup> El artículo XXI del Acuerdo establece lo siguiente: “Artículo XXI: Excepciones relativas a la seguridad No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que:

a) imponga a una parte contratante la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación sería, a su juicio, contraria a los intereses esenciales de su seguridad; o

b) impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, relativas:

i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;

ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;

iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional; o

c) impida a una parte contratante la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales”. Sobre esto es importante aclarar que la hipótesis de trabajo que aquí se estudia no afirma que el minilateralismo deba o triunfar o prevalecer sobre el multilateralismo o que ya lo haya hecho. En cambio, esta disertación describe un fenómeno global, no exclusivamente estadounidense, en virtud del cual tanto ciertos Estados como ciertos gobernantes, en un contexto político y de salud pública que es tumultuoso, parecen estar rebatiendo las estructuras clásicas multilaterales y de alguna manera las han erosionado. Creo que el ejemplo más ilustrativo es el proceder de Donald Trump durante sus cuatro años de gobierno entre 2017 y 2021, proceder que ha encontrado eco en otras latitudes del *Sur Global*, sobre todo en el campo de la retórica.

ha se han cumplido los presupuestos adjetivos y sustantivos de la norma y el Estado, de hecho, viola la norma internacional<sup>18</sup>.

El acercamiento o alejamiento respecto de un sistema multilateral tiene un contorno axiológico que encuentra sus raíces en la naturaleza y condición humanas.

Tal y como ocurre en la vida de un individuo que encuentra la realización en cuanto sienta y perciba que pertenece a algo y que su hacer es apreciado y buscado, los Estados y sus representantes perciben el valor intrínseco de un sistema. Luego de la posguerra, el sistema bautizado como multilateral era la opción más plausible.

En la segunda y tercera décadas del siglo XXI, en un mundo que ha cambiado (Roth, 2021, p. 89), el sistema ya no es multilateral, sino regional o minilateral. La pertenencia a algo se cuestiona en cuanto a sus fines y sus medios, y la universalización es vivida y percibida como insuficiente e ineficiente.

La percepción del beneficio de pertenecer a un sistema (“system value”) (Gustafsson, 2017, p. 1203) supone entonces una consideración de las siguientes aristas: condicionalidad, ponderación del riesgo, reciprocidad y penalización. Hay una cierta aproximación racional (Meyer, 2015, p. 1975), no por ello, necesariamente inteligente o útil o altruista, a la obtención de beneficios.

Una aproximación académico-comunitaria a la vivencia del deber ser de las relaciones internacionales, que puede dividirse teóricamente en teorías “instrumentalistas”, las cuales agrupan posturas realistas e institucionales, y teorías “normativas”, permite notar que, en efecto, el cumplimiento del derecho internacional o la realidad de su incumplimiento se enmarca dentro de un análisis sobre los costos y los beneficios (Gustafsson, 2017, p. 1205).

Aquí se puede notar cómo la percepción del beneficio, pero también del costo, en una suerte de cálculo continuo<sup>19</sup> hecho por los Estados y por sus representantes, lo cual es materia de reflexión en este artículo, ha cambiado históricamente en los últimos setenta y siete años en el sentido de que, aun cuando siempre hay conjeturas la intuición sobre lo que es beneficio y sobre lo que es costo ha cambiado, tanto en la creación de la norma jurídica como en su aplicación.

---

<sup>18</sup> Palmer, D. (15 de septiembre de 2020).

<sup>19</sup> En las *Leyes*, Platón nos dice que la producción de la legislación supone un cálculo de lo que es bueno para el Estado. Sobre esto el lector puede leer los pasajes 1.644d1-3 y 1.644d7-645b8 y consultar también la obra de Jacobson (1999, p. 777).

Esa percepción del beneficio o de lo bueno y de su costo implica lo siguiente: (i) los Estados cumplen las normas porque perciben el bien implícito de las mismas o porque buscan recibir un premio o la ausencia de castigo dependiendo de si las cumplen o no; (ii) cuán frecuente es el incumplimiento.

Sobre (i), la hipótesis que aquí se defiende afirma que la norma internacional en cuanto sea jurídica es buena y que el beneficio se materializa u obtiene como resultado de cumplirla.

Sobre (ii), autores como Abram Chayes y Antonia Chayes (citados por Gustafsson, 2017, p. 1224) hablan de “eficiencia”, “intereses” y “normas” y, correspondientemente, de “ambigüedad e indeterminación”, “limitaciones para cumplir” y “dimensiones temporales” para explicar por qué los Estados cumplen o incumplen el ordenamiento internacional.

He procurado exponer en esta segunda sección los argumentos para defender un nacionalismo bueno, lo cual representa una alternativa al multilateralismo clásico.

Aun cuando en ocasiones es difícil trazar una línea divisoria entre la racionalidad (Meyer, 2015, p. 1975) y la irracionalidad (Lehmann, 2017, p. 414) del comportamiento de los Estados, es decir, resulta complicado entender si su conducta obedece, en verdad, a parámetros racionales, un planteamiento hermenéutico permite deducir que hay una serie de líneas comunes en su actuación que permiten encontrar la juridicidad en su comportamiento, la cual parece estar caracterizada principalmente por la percepción del bien (público) y por su obtención.

## **2. LA AMISTAD ENTRE ESTADOS COMO BÚSQUEDA DEL BIEN (PÚBLICO)**

Este segundo capítulo presenta una exposición sobre la amistad entre Estados con un énfasis en la teoría del bien público internacional y en la descripción de posturas que, aunque sean racionales, deben estar guiadas siempre por un espíritu altruista.

A dicho efecto, se examinarán los contornos de los bienes públicos internacionales y su ubicación y fundamentos dentro del derecho internacional público para mostrar la hipótesis de trabajo así: procurar el bien propio del Estado puede resultar en la realización del bien público internacional siempre y cuando se equilibren aproximaciones racionales y aproximaciones altruistas.

El entendimiento de la teoría del bien público debe unirse a la comprensión sobre los alcances del régimen democrático liberal con base en el siguiente corolario: en la medida en que las formas y estructuras democráticas de un Estado reúnan ciertas características, que se describirán más adelante, la posibilidad de alcanzar una situación de amistad bajo los términos de la Resolución será más alta.

En la medida en que dichas características no se reúnan, la posibilidad de que se quebrante la amistad internacional será mayor<sup>20</sup>. En este sentido, también debe considerarse que las expresiones naturales de *relativismo cultural* (Damrosch y Murphy, 2014, p. 953) pueden superarse si se logra mostrar cómo los bienes son llamados tales en la medida en que hay una suerte de objetivismo jurídico-moral (Roth, 2021, p. 66) que permite interpretar los contornos de la Carta de las Naciones Unidas, del Acuerdo y de la Resolución en aras de la protección y promoción de la amistad internacional.

## 2.1 Los bienes públicos internacionales

Quiero abordar ahora los siguientes temas: (i) una descripción general de una teoría de los objetos o bienes que pregona su bondad intrínseca y (ii) un análisis de los principales bienes públicos internacionales. En efecto, la literatura académica sobre análisis económico del derecho internacional público que se ha revisado expone la teoría de los bienes públicos para explicar los procesos de creación y aplicación de las normas internacionales y, con ello, procura explicar por qué los Estados se comportan como se comportan, particularmente en esta tercera década del siglo XXI.

La teoría de los bienes que suscribe la hipótesis de trabajo aquí presentada supone dos elementos: (i) una intercomunicación entre el agente, en este caso el Estado, y el bien público internacional; (ii) la bondad intrínseca del objeto independientemente de la valoración del Estado y de sus representantes.

Aun cuando tanto la intercomunicación como la bondad intrínseca del objeto han sido estudiadas desde el ángulo de la filosofía<sup>21</sup>, la literatura académica actual, dentro del marco de las ciencias jurídicas, no parece centrarse mucho en su uso para describir y explicar las dinámicas del derecho internacional público como encuadramiento jurídico-legal de las relaciones internacionales.

Mi intención es usar esa aproximación para estudiar la fragmentación (Danielsen, 2011, p. 52; Hassanien, 2008, p. 54 y Trachtman, 2008, p. 207) y una suerte de “crisis de legitimidad” del derecho internacional público, considerando este como “un sistema de coordinación entre aparatos gubernamentales que coordinan de manera autoritativa la actividad dentro de comunidades políticas territorialmente vinculadas” y basado en “relaciones vinculantes” (Roth, 2021, pp. 60-

---

<sup>20</sup> Esto es básicamente la teoría de la paz democrática (Longley, R., 2 de enero de 2022).

<sup>21</sup> El estudio de Bobonich (2002, pp. 144 y 150) sobre el objetivismo moral de Platón en las *Leyes* es uno de los principales insumos y soportes de la hipótesis de trabajo que pretendo examinar y mostrar aquí.

61 y 74), particularmente en lo referente a las relaciones económicas (Puig, 2015, p. 18) y para contextualizar el catálogo de bienes (Linderfalk, 2020, p. 895) públicos internacionales.

En dicho sentido, creo que dados los intereses en conflicto que se mencionaban en la sección anterior, hay tres preguntas que pueden ambientar esta discusión: (i) ¿puede haber un consenso universal sobre lo que es objetivamente justo, es decir bueno, independientemente de las diferencias sociológicas, culturales y políticas?; si esto es así, (ii) ¿tanto la creación de la norma jurídica internacional como su aplicación quedarían protegidas contra cualquier argumento que esgrima diferentes concepciones jurídicas, antropológicas y culturales?; (iii) ¿pueden identificarse bienes objetivos? (Bobonich, 2002, pp. 89, 144 y 150).

Estas preguntas no se pueden responder fácilmente, y mucho menos si se confrontan con la tensión entre multilateralismo y minilateralismo que se exponía en la primera parte del artículo, en cuanto el segundo, precisamente, parece ser una respuesta a la aparente ineficiencia del primero para lidiar con problemas de desigualdad e injusticia globales.

Se puede afirmar, por ahora, que todos los Estados, independientemente de si transitan por los caminos del multilateralismo —cada vez menos— o del minilateralismo —cada vez más—, buscan maximizar los beneficios y reducir los costos —la teoría de la elección racional—, aun cuando la filosofía del derecho debe responder si, en verdad, lo que ellos perciben como beneficios, independientemente de los medios para conseguirlos, son, en realidad, beneficios o bienes.

La teoría de los bienes indica que no solo hay una intercomunicación entre el agente, en este caso, el Estado, sino también que hay bienes que lo son objetivamente de manera independiente de la valoración del agente (Estado o representante del Estado).

Creo que esta argumentación puede ser útil en el contexto de una evaluación de la fragmentación del multilateralismo y ayuda a que los principios contenidos en el Acuerdo y en la Resolución puedan explicarse con menor dificultad hermenéutica en los casos de un conflicto internacional.

Sobre la intercomunicación entre los bienes públicos, cuyo catálogo expondré en la siguiente sección, y el agente (el Estado o su representante), utilizando la aproximación platónica y adaptándola con algunos ajustes al contexto de las relaciones internacionales, puede afirmarse que la percepción correcta del bien público dependerá de las características del Estado y de sus agentes: este debe ser un régimen democrático desde el punto de vista formal y material; debe respetar los derechos humanos; no debe usar la fuerza o amenazar con el uso de la fuerza a otros Estados; debe respetar la integridad territorial de los otros Estados, etc. (Almqvist, 2017, p. 3).



Solo el Estado que reúna dichas características será capaz de apreciar el bien público internacional y extrapolarlo en la creación de normas internacionales, en cuanto ese es precisamente el Estado virtuoso. Por el contrario, aquellos regímenes antidemocráticos que violen los derechos humanos, que ahoguen o supriman las libertades y derechos de su población, que no respeten la integridad territorial<sup>22</sup> de los otros Estados, etc., no serán capaces ni de percibir ni de extrapolar el bien público internacional, es decir, no son Estados virtuosos.

Tanto la objetividad de los bienes (Bobonich, 2002, pp. 89, 144 y 150) como la debilidad de una posición que defienda una subjetividad jurídico-moral, permitiendo que, por ejemplo, diferencias culturales, políticas y sociológicas den la posibilidad de que Estados y dirigentes violen los principios de derechos internacional, se explican mediante el recurso a una postura fundamentalmente iusnaturalista que hace equivalentes la razón y la naturaleza<sup>23</sup>.

Así, una posición racional podrá ser considerada como tal en cuanto coincida con el derecho natural. Si la realidad supera la norma (Cohen, 2007, p. 129), puede afirmarse entonces que la naturaleza es la norma válida superior, lo cual haría concluir que la dignidad humana como fuente y valor del derecho inundaría el contenido y percepción de los bienes públicos internacionales.

Propongo la siguiente clasificación académica de bienes públicos internacionales que no conlleve que ella equivalga a compartimentos estancos sin interrelación alguna: (i) aquellos necesariamente comprendidos dentro del Estado; (ii) aquellos necesariamente comprendidos dentro del marco del deber ser internacional; (iii) aquellos de carácter moral y material.

El primer criterio permite apreciar un primer conjunto de bienes públicos internacionales que son los siguientes: (a) el Estado de derecho como organización preferida por el derecho internacional y (b) la democracia real y no formal (Naranjo, 2014, p. 468).

El segundo criterio permite apreciar un segundo conjunto de bienes públicos internacionales: (a) la paz; (b) la seguridad; (c) el medio ambiente; (d) la integridad territorial.

---

<sup>22</sup> La comunidad política tiene como núcleo o centro el territorio. Como lo afirma Roth (2021, p. 63), esto nunca sobra decirlo.

<sup>23</sup> La identificación de razón y naturaleza la defiende Platón en las *Leyes* (631c-d y 690c). No sobra anotar que a algún acucioso lector de la *República* y de las *Leyes* le parecerá por lo menos curioso que en este mismo texto se presente, por una parte, una visión *platónica* de la justicia y, por otra parte, se mencione y defienda el régimen democrático. Concedo que esto no es fácil de entender y que, en efecto, ello supone cierta tensión intelectual. Stalley (1983, p. 120) refiere que en las *Leyes* parece mostrarse más simpatía por la “democracia” que en la *República*.

El tercer criterio permite apreciar un tercer conjunto de bienes públicos internacionales: (a) la reputación; (b) la integridad territorial; (c) el dinero; (d) la salud (bien que no por aparecer en esta posición de la lista resulta menos importante).

En forma correspondiente a esta tipología de bienes existen las siguientes competencias funcionales de los Estados: respecto del primer criterio, (i) la capacidad de autoorganización; respecto del segundo criterio, (ii) la capacidad de actuar justa y legalmente y de exigir un comportamiento justo y legal de las otras entidades; respecto del tercer criterio, (iii) la capacidad de actuar relacionándose con la entidad que a bien tenga<sup>24</sup>.

Por supuesto, esta clasificación que aquí se ofrece es apenas un esfuerzo por caracterizar qué es aquello que los Estados, en un esfuerzo racional (aunque a veces parece más irracional), buscan alcanzar y proteger. En cuanto un Estado no pueda considerarse objetivamente como un Estado de derecho o como una democracia real, este no podrá percibir el bien público internacional que se concreta (Krisch, 2014, pp. 6-7) en lograr ser un Estado de derecho y en ser un verdadero régimen democrático.

En cualquier caso, esta clasificación de bienes públicos internacionales que aquí se extrapola no es exhaustiva, no es exclusiva y no es excluyente, y debe estar enmarcada por el respeto, la promoción y la exigencia de los derechos humanos comprendidos dentro del *Bill of Rights*<sup>25</sup> y por la consideración de que la dignidad humana es fuente y valor del derecho internacional.

Así, en el sistema normativo del derecho internacional, los principios, los valores y las normas mismas que los reflejan y, además, los consagran, suponen la protección efectiva de los bienes públicos internacionales bajo criterios que los hacen objetivos y no dependientes de la visión particular o gobierno de turno.

Esto, en una concepción que no deslinda lo justo de lo bueno (Stalley, 1983, p. 24), permite al intérprete y al creador de la norma jurídica internacional distinguir eventos de antijuridicidad y de ilegalidad y mitiga el problema hermenéutico (Pemmaraju, 2021, p. 198) asociado con la interpretación de los tratados y con la averiguación acerca de las intenciones y motivaciones de los gobernantes.

---

<sup>24</sup> Una de las demandas de Rusia a Ucrania consistió en exigirle no ser parte de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (Martínez, A, 17 de diciembre de 2021).

<sup>25</sup> Es decir, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Damrosch y Murphy, 2014, p. 934).

Vale la pena aclarar que este catálogo de bienes públicos internacionales tiene, por supuesto, un contenido económico, en cuanto los representantes de los Estados, tal y como ocurre con cualquier ser humano de carne y hueso, permanentemente hacen cálculos económicos acerca de cuánto cuesta seguir o no, cumplir o no, una norma de derecho internacional. Si todo es medible en moneda<sup>26</sup>, el derecho internacional no puede ser la excepción.

### Catálogo de bienes públicos internacionales

Clasificación de los bienes públicos internacionales	1. Aquellos necesariamente comprendidos dentro del Estado	1.1 Estado de derecho 1.2 Democracia real y no formal
	2. Aquellos necesariamente comprendidos dentro del deber ser internacional	2.1 Paz 2.2 Seguridad 2.3 Medio ambiente 2.4 Integridad territorial
	3. Aquellos de carácter moral y material	3.1 Reputación 3.2 Integridad territorial 3.3 Dinero 3.4 Salud

He presentado en los anteriores párrafos las notas principales de la teoría de los bienes públicos internacionales de conformidad con las cuales los bienes son objetiva e intrínsecamente buenos en la medida en que haya una intercomunicación con el agente, que en el caso del derecho internacional es el Estado. En cuanto este sea un régimen democrático y la dignidad humana sea valor y fuente del derecho, la búsqueda, obtención y disfrute de los bienes públicos internacionales, así se dé en un contexto minilateral y dando prelación a los intereses nacionales, supondrá también el bienestar de la comunidad global. En la segunda sección presentaré algunas reflexiones sobre la amistad internaciones, que en esta esta investigación se considera equivalente a la existencia de una armonía entre los pueblos.

## 2.2 La alteridad en un contexto de mutua injerencia

Hay dos formas de interpretar las normas particulares del derecho internacional público que son de especial interés para cumplir los objetivos de esta investigación: una primera forma podría considerarse “autoritaria”; otra forma podría considerarse “altruista”.

<sup>26</sup> Esto tal y como lo afirma Aristóteles en la *Ética nicomaquea* en el pasaje 5.5.1133<sup>a</sup>1.20 (Barnes, 1995, p. 1788).

La primera se acerca más a un entendimiento meramente racional, al paso que la segunda, aunque no subestima el papel de la razón, recurre a la dignidad humana para darle un alcance altruista.

A pesar de que pueda discutirse si, en efecto, las normas jurídicas de derecho internacional son aplicadas racionalmente en un contexto en el que se dé por sentado que son construidas y elaboradas por agentes racionales, el problema reside en determinar si su aplicación se da efectivamente por agentes racionales.

Algunos podrán afirmar que lo que ocurre es que más que racionales, los entes que aplican las reglas jurídicas son irracionales. Podría pensarse que una aproximación altruista al derecho internacional, que no autoritaria, es en sí misma irracional (Lehmann, 2017, p. 414).

Esta afirmación podría encontrar asidero al examinar los hechos y actos de los Estados en los que una norma de derecho internacional que fue extrapolada racionalmente y que aparentemente es racional y, además, razonable, es violada o incumplida por aquellos Estados que participaron en su confección.

Lo que ocurre aquí es que independientemente de que la norma legal sustantiva o adjetiva pueda ser violada o incumplida formalmente, la intención del Estado y de su representante es altruista, en el sentido de causar un bien a sí mismos y a los demás actores.

En este caso, quizás, no se podría hablar de una violación del derecho, sino quizás de una violación legal (Roth, 2021, pp. 72 y 87) que propugna la protección y goce de los bienes públicos internacionales que se mencionaban en la sección anterior.

Una forma de reducir la tensión entre lo que puede considerarse racional y lo que puede considerarse altruista, si es que hubiere un choque entre estas dos posturas, es mediante la delimitación de un puente entre (i) el sustrato axiológico del derecho compuesto por el conjunto de valores jurídicos y los principios de derecho internacional extrapolados por la Resolución y (ii) los bienes públicos internacionales que son bienes porque objetivamente se reconocen como tales (Bobonich, 2002, pp. 89, 144 y 150), debilitando así una posición que relativice al derecho, el cual equivale a la moral, en cuanto nada justo puede ser malo ni nada injusto puede ser bueno (Stalley, 1983, p. 24).

La amistad internacional supone una suerte de armonía (Jacobson, 1999, p. 771) entre la consideración de los intereses nacionales que llegue a encontrar un punto de encuentro con los intereses internacionales, de tal forma que cuando se busque proteger las prioridades de un Estado

en particular y en primer lugar, la consecuencia sea la protección y goce de los bienes públicos internacionales, cuya lista se propuso y presentó en la sección anterior.

He delineado las notas principales de una amistad internacional, la cual se caracteriza por una armonía entre los diversos intereses nacionales sobre la base de posturas racionales respecto de la apreciación y goce de los bienes objetivamente buenos.

## CONCLUSIONES

Esta investigación en materia de filosofía del derecho internacional tuvo como objetivo estudiar la hipótesis de trabajo propuesta, según la cual, el multilateralismo clásico se ha erosionado y fragmentado y se ha convertido en un minilateralismo nacionalista, que (solo) puede resultar jurídica y moralmente aceptable en cuanto el derecho internacional se realiza siempre y cuando la búsqueda del bien por los agentes que consideran preferente y principalmente sus intereses nacionales a través de esquemas de participación reducidos en materia de alianzas políticas o comerciales, conlleve que ellos perciban y vivan la dignidad humana en los términos habermasianos referidos en los párrafos anteriores como fuente y valor del derecho.

Para estudiar la hipótesis de trabajo, la investigación cubrió dos temas principales: por una parte, la caracterización de la oposición entre el multilateralismo y el minilateralismo con una aproximación a lo que puede denominarse un nacionalismo bueno; por otra parte, la descripción y análisis de la teoría de los bienes públicos, poniendo énfasis en que estos son objetivamente buenos siempre y cuando sean percibidos por un Estado de derecho en el contexto de una democracia real y no solamente formal.

Afirmar un objetivismo moral del derecho y la equivalencia del derecho y la moral corresponde a los lineamientos filosófico-jurídicos presentados por la teoría platónica de la justicia de los cuales se ha servido esta investigación.

Un tema que será objeto de una futura averiguación que continúe los esfuerzos de la presente es el análisis sobre la racionalidad o irracionalidad de los agentes (Estados), asunto respecto del cual creo que este manuscrito presentó ya algunas puntadas.

## REFERENCIAS

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (1947). [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm)
- Agon, S. (2020). Sustaining Multilateralism from the Bench. *Berkeley Journal of International Law*, 38, 65-123.
- Almqvist, J. (2017). EU and the Recognition of New States. *Euborders Working Paper Series*, 12, 1-19. [https://www.ibei.org/working-paper-12-euborders\\_145144.pdf](https://www.ibei.org/working-paper-12-euborders_145144.pdf)
- Barnes, J. (Ed.) (1995). *The Complete Works of Aristotle*. Princeton University Press.
- Bobonich, C. (2002). *Plato's Utopia Recast. His Later Ethics and Politics*. Oxford University Press.
- Brummer, C. (2014). *Minilateralism. How Trade Alliances, Soft Law, and Financial Engineering are Redefining Economic Statecraft*. Cambridge University Press.
- Carta de las Naciones Unidas (1945). <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>
- Cohen, H. G. (2007). Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources. *Iowa Law Review*, 93, 65-129.
- Cho, S. (2001). Breaking the Barrier Between Regionalism and Multilateralism: A New Perspective on Trade Regionalism. *Harvard International Law Journal*, 41, 419-465.
- Chow, D., Sheldon, I. y McGuire, W. (2019). The Revival of Economic Nationalism and the Global Trading System. *Cardozo Law Review*, 40, 2133-2169.
- Convención de Viena sobre derecho de los tratados (1969). [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)
- Danielsen, D. (2011). Economic Approaches to Global Regulation: Expanding the International Law and Economics Paradigm. *Journal of International Business & Law*, 10, 23-89.
- Damrosch, L. y Murphy, S.D. (2014). *International Law Cases and Materials*. West Academic Publishing.
- Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Anexo a la Resolución 2625 de la XXV Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 1970. <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/25A1C8E35B23161C852570C4006E50AB>
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Fandl, K. (2021). Is China's Rise the WTO'S Demise? *Georgetown Journal of International Law*, 52, 575-637.
- García, J., Montes, E. y Giraldo, I. (Eds.). (2019). *Comercio exterior en Colombia: política, instituciones, costos y resultados*. Banco de la República.

- Gingsburg, T. (2020). Authoritarian International Law? *American Journal of International Law*, 114, 221-260.
- Gustafsson, M. (2017). Compliance and Membership Value in International Economic Law. *Georgetown Journal of International Law*, 48, 1201-1241.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 64, 3-25.
- Hassanien, M. (2008). Bilateralism and Multilateralism: Can Public International Law Reconcile Between Them? Real Options for Further Developments in WTO Jurisprudence. *Asper Review of International Business & Trade Law*, 8, 51-85.
- Jacobson, A. (1999). The Game of the Laws. *Political Theory*, 27(6), 769-788.
- Kaul, I. (2012). Global Public Goods: Explaining their Underprovision. *Journal of International Economic Law*, 15(3), 729-750. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgs034>
- Krisch, N. (2014). The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods. *American Journal of International Law*, 108, 1-40.
- Lamp, N. (2016). The Club Approach to Multilateral Trade Lawmaking. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 49, 107-189.
- Lawrence, P. (2019). Equity and the Paris Agreement: Legal and Philosophical Perspectives. *Journal of Environmental Law*, 31(3), 511-531.
- Lehmann, M. (2017). Legal Fragmentation, Extraterritoriality and Uncertainty in Global Financial Regulation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 37(2), 406-434.
- Lienau, O. (2017). Law in Hiding: Market Principles in the Global Legal Order. *Hastings Law Journal*, 68, 541-608.
- Linderfalk, U. (2020). The Legal Consequences of Jus Cogens and the Individuation of Norms. *Leiden Journal of International Law*, 33, 893-909.
- Longley, R. (2 de enero de 2022). What Is the Democratic Peace Theory? Definition and Examples. *ThoughtCo*. <https://www.thoughtco.com/democratic-peace-theory-4769410>
- Martínez, A. (17 de diciembre de 2021). Russia demands Ukraine and other ex-Soviet republics be barred from joining NATO. *NPR*. <https://www.npr.org/2021/12/17/1065111430/russia-demands-ukraine-and-other-ex-soviet-republics-be-barred-from-joining-nato>
- Melo, B. (2017). Setting the Rules of the Game: The Rise (and Fall) of Mega-Regional Deep Integration and the Role of the WTO. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 21, 151-203.
- Meyer, T. (2015). How Local Discrimination Can Promote Global Public Goods. *Boston University Law Review*, 95, 1937-2025.
- Meyer, T. (2018). Free Trade, Fair Trade, and Selective Enforcement. *Columbia Law Review*, 118, 491-566.

- Naranjo, V. (2014). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Temis.
- O'Connell, M.E. (2021). Measuring the Art of International Law. *Chicago Journal of International Law*, 22, 136-146.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Palmer, D. (15 de septiembre de 2020). Trump's tariffs on China violated law, trade body says. *Político*. <https://www.politico.com/news/2020/09/15/trumps-tariffs-china-wto-415182>
- Pemmaraju, S. (2021). Emmanuel Roucouas, A Landscape of Contemporaries Theories of International Law. *Chinese Journal of International Law*, 20(1), 173-200.
- Platón (1999). *Las Leyes* (J. M. Pabón y M. Fernández, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales y Políticos. (Obra originalmente publicada entre 360-348/7 a. C.).
- Powell, S.J. y Low, T. (2011). Is the WTO Quietly Fading Away? The New Regionalism and Global Trade Rules. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 9, 261-282.
- Puig, S. (2014). International Regime Complexity and Economic Law Enforcement. *Journal of International Economic Law*, 17(3), 491-516.
- Puig, S. (2015). The Merging of International Trade and Investment Law. *Berkeley Journal of International Law*, 33, 1-45.
- Purshouse, L. (2006). *Plato's Republic*. Continuum.
- Rosen, S. (2005). *Plato's Republic*. Yale University Press.
- Roth, B. (2021). Legitimacy in the International Order: The Continuing Relevance of Sovereign States. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 11, 60-89.
- Shaffer, G. (2019). Retooling Trade Agreements for Social Inclusion. *University of Illinois Law Review*, 2019, 1-42.
- Shao, X. (2021). What We Talk about When We Talk about General Principles of Law. *Chinese Journal of International Law*, 20(2), 219-255.
- Stalley, R.F. (1983). *Plato's Laws*. Hackett.
- Stemler, A., Shackelford, S. y Richards, E. (2017). Paris, Panels, and Protectionism: Matching US Rhetoric with Reality to Save the Planet. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 19, 545-600.
- Téllez, A. (2020). Tratados internacionales, interpretación y búsqueda de significados: un enfoque complementario. *Revista de derecho Universidad del Norte*, 54, 201-221. <https://bit.ly/3H8OnAi>



- Téllez, A. (2022). Comercio internacional y justicia como sinónimos de bienestar. La búsqueda de un término medio entre el multilateralismo y el minilateralismo. *Estudios de Derecho* (Universidad de Antioquia), 79(173), 84-109.
- The World Bank (2019). Gini index (World Bank Estimate). *The World Bank/Data*. <https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI>
- Trachtman, J. (2008). *The Economic Structure of International Law*. Harvard University Press.
- Trebilcock, M. y Trachtman, J. (2020). *Advanced Introduction to International Trade Law*. Elgar.
- Wheatley, S. (2020). Foreign Interference in Elections under the Non-Intervention Principle: We Need to Talk About “Coercion”. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 31, 161-197.
- Williams, N. (2019). The Resilience of Protectionism in U.S. Trade Policy. *Boston University Law Review*, 99, 683-719.
- Yusuf, A. (2020). Engaging with International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 69(3), 505-519.

# **Eficacia simbólica de la sanción en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (SRPA) frente a Factores de Delincuencia Organizada en Colombia\***

*Symbolic effectiveness of the sanction in the Adolescent Criminal Responsibility System (ACRS) against Factors of Organized Crime in Colombia*

J A I M E A L B E R T O S A N D O V A L M E S A

Abogado USTA, Ph.D. Magíster en Derecho Penal, doctor en Derecho, líder del Grupo de Derecho Público UMNG, investigador asociado Minciencias (I). Docente de Carrera de tiempo completo Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada. [jaime.sandoval@unimilitar.edu.co](mailto:jaime.sandoval@unimilitar.edu.co) [jaisandoval@yahoo.com](mailto:jaisandoval@yahoo.com)  
<https://orcid.org/0000-0001-8897-4157>

M I S A E L T I R A D O A C E R O

Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia, doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, posdoctorado en Derecho, investigador asociado Minciencias (I). Docente de Carrera de tiempo completo Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada. [misael.tirado@unimilitar.edu.co](mailto:misael.tirado@unimilitar.edu.co)  
[misaeltirado@gmail.com](mailto:misaeltirado@gmail.com) <https://orcid.org/0000-0003-1840-1702>

---

\* Producto de investigación proyecto Revisión de la Sanción y Eficacia Simbólica en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente – SRPA, rubricado INVDER3428, desarrollado dentro de las líneas “Derecho Penal y Justicia Militar” y Política criminal, derecho penal y criminología, correspondientes a los grupos Derecho Público y Red de estudios sociojurídicos comparados y políticas públicas del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Proyecto financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada - vigencia 2021. Bogotá, Colombia.

## Resumen

El sistema de infancia y adolescencia fue creado como respuesta al denominado Derecho Penal del Adolescente Infractor – en adelante SRPA (2006), mediante la tesis de la protección integral con algunas diferencias del sistema europeo y el anglosajón que en uno y otro caso definen al adolescente, bien como sujeto de máxima protección o en el caso contrario pueden juzgarlo como un adulto. La finalidad principal del sistema colombiano radica en la reparación y el acompañamiento al menor en búsqueda de encaminarlo, de la mejor manera posible, para su rehabilitación: social, familiar y escolar; sin embargo, dicha finalidad resulta imposible en muchos casos dada la complejidad de cada situación y la falta de recursos por parte del Estado, lo cual dificulta el cumplimiento de la reparación de las víctimas.

### **PALABRAS CLAVE**

Eficacia simbólica de la sanción, Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, factores de delincuencia organizada, decisiones judiciales, estándares judiciales.

## Abstract

The system of childhood and adolescence was created as a response to the so-called Criminal Law of Minors - hereinafter SRPA - (2006), through the thesis of comprehensive protection with some differences between the European and Anglo-Saxon systems, which in both cases define the adolescent as a subject of maximum protection or in the opposite case can be judged as an adult. The main purpose of the Colombian system lies in the repair and accompaniment of the minor in search of directing him in the best possible way for his rehabilitation: society, family, and school; however said purpose is impossible in many cases given the complexity of each situation and the lack of resources on the part of the State, making it difficult to comply with the reparation of victims.

### **KEYWORDS**

Symbolic effectiveness of the sanction, Adolescent criminal responsibility system, Organized crime factors, Judicial decisions, Judicial standards.

## INTRODUCCIÓN

El SRPA se orienta a cumplir unos fines que si bien podrían centrarse en fundamentos de prevención, su sentido frente al menor infractor va más allá y se centra en su proceso educativo, su integración social y en algunos casos a reconducir su plan de vida.

En consonancia, el eje problemático reside en los aspectos que intervienen en la tarea de sentar obligaciones para el adolescente infractor y buscar la reparación de víctimas. En muchos casos, no pueden ser atendidas, o nominalmente se expresan, de tal forma que pasan a un segundo plano, dado que los riesgos sociales que enfrenta al estar expuesto a sectores de alta criminalidad tanto de delincuencia ordinaria como organizada, tráfico de drogas, explotación sexual, grupos armados, generan un sentido de protección mayor que en otras circunstancias de menor presión social frente a fenómenos criminales. Sobre todo, frente a la exposición del adolescente a experiencias negativas en dicho entorno y la posible superación relativa en casos, por ejemplo, de frustración y adaptabilidad incluso a conductas antisociales (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF]-Observatorio del Bienestar de la Núñez, 2015, p. 17).

En el proceso de determinación de la sanción para el adolescente infractor, las medidas tendientes a favorecer la finalidad educativa, si bien poseen una estructura legal suficiente, constituida por el interés superior y los responsables del sistema (Sociedad - Estado - Familia), adolece de una labor de seguimiento, sobre todo en el proceso posterior de cumplimiento. Lo anterior en la medida en que, si un adolescente cumple con su medida impuesta, es posible que, en un nivel posterior, cuando regrese a su medio social, vinculado en este caso a grupos de delincuencia organizada que tengan influencia en su medio, deba ceder a la presión social (García España, 2014). En este caso se representa esta situación de riesgo, en lo que se denomina el triple riesgo de motivación delictiva. Este concepto consiste en la disposición individual del infractor para la comisión de conductas basadas en sus creencias, afectos o conductas de aproximación a objetivos delictivos, máxime frente a situaciones de riesgo como las anotadas (García España, 2014).

Por lo tanto, la primera consecuencia en estos casos consiste en la eficacia simbólica del sistema que produce decisiones que constituyen normas de papel y se convierten en factores formales subyacentes (García Villegas, 2014), mientras que el trabajo que se ha realizado en la labor educativa en el momento del cumplimiento de la sanción se afecta y, a la vez, resulta infructuoso.

Es así como la pregunta problema base de esta investigación se centra en *¿Cuáles son los factores que determinan la sanción del SRPA frente al concepto de eficacia simbólica y, en este sentido, cuáles son los factores que requieren revisión con respecto al adolescente infractor y a las víctimas?*

Como postulado hipotético, se tiene que es probable que a partir de la estructura vigente del SRPA sea necesario reconocer la ineficacia del sistema mismo; de allí que se requiera la revisión del alcance de la sanción, toda vez que la misma puede prometer una serie de obligaciones que no se podrán cumplir. Es decir, es posible que debamos partir de este reconocimiento, con lo cual es probable que el sistema resida en el uso simbólico de sus normas.

En consonancia, se parte de los siguientes propósitos u objetivos que conllevan a analizar en el marco de la *eficacia simbólica* de las decisiones judiciales, y el papel que cumple la sanción en el SRPA frente a la finalidad pedagógica de la pena y la reparación a las víctimas; examinar los fundamentos de estructuración de la sentencia en el SRPA; determinar los elementos y presupuestos que tiene en cuenta el juez al momento de fijar la sanción en SRPA para alcanzar las finalidades previstas en la norma.

Es decir, es posible que, en esta investigación sea necesaria la promoción de mecanismos alternos que sean planteados para el cumplimiento de la sanción tanto para el adolescente infractor como frente a las víctimas. Incluso, todo esto tendría incidencia frente al factor reincidencia del adolescente infractor y frente al principio de interés superior. Estos factores pueden ser de utilidad para verificar las figuras actuales que contempla la decisión y, si es necesario, adicionar nuevos elementos basados en estos mecanismos alternos o, si es pertinente, la promoción de nuevos elementos que puedan servir de base para la adopción de nuevas medidas de reparación basadas en políticas públicas frente a este sector.

Ahora bien, en cuanto al desarrollo del problema y a los postulados enunciados, lo anterior revela que se han generado en el SRPA expectativas que al final no tienen un objetivo social claro y representan una inflación legislativa enmarcada en el punitivismo extremista, que conlleva a aumentar innecesariamente las sanciones, conllevando a que las expectativas de justicia – garantía de derechos que se tiene no se materialicen, no cumpliendo su estándar, es decir la sanción tiene un *quantum* muy bajo en relación con las penas ordinarias y en muchos casos esta no se impone, y tiene un límite inferior a las penas ordinarias. Y en segundo lugar no se cumple la reparación a las víctimas debido a que no existen mecanismos que permitan la indemnización económica por los daños y perjuicios causados por el delito. En otros sistemas comparados, los Estados han decidido, en lo posible, centrar el apoyo al menor infractor en la finalidad de las medidas y soportar sus obligaciones derivadas de la comisión del delito, en la medida en que su entorno social lo permita, sin que sea eximido de reconocer la responsabilidad por sus actos frente a las víctimas.

De lo anterior se deriva el propósito de este artículo, que consiste en analizar la problemática mencionada en la búsqueda de criterios adecuados para comprender el alcance simbólico de

las decisiones y hasta qué punto ello es socialmente aceptable, frente a la sanción impuesta, al tiempo que permita adoptar los estándares judiciales pertinentes sin descuidar la finalidad educativa del sistema.

Para tal efecto, esta investigación se realizó mediante el método cualitativo de tipo hermenéutico deductivo, a través de herramientas propositivas, históricas, reflexivas y de análisis jurisprudencial. Desde el punto de vista sociológico, se realizó un estudio de casos base para determinar los diversos sistemas sociales que intervienen en la decisión judicial de los adolescentes infractores.

En este caso, se parte de lo general; el análisis del marco normativo de los derechos humanos y fundamentales de los adolescentes en el contexto colombiano, por tanto, se examina el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes colombiano y sus principios estructurales, para luego revisar de forma específica las decisiones judiciales. En este campo se abordarán las tendencias jurisprudenciales para sopesar las medidas alternativas como garantías y los factores que permiten analizar la eficacia y efectividad de las normas punitivas de tipo sancionatorio del SRPA en Colombia.

## **I. DELINCUENCIA ORGANIZADA Y MEDIDAS DE LAS SANCIONES A LOS MENORES INFRACTORES**

Múltiples aspectos han sido planteados en la jurisdicción especial para la delincuencia juvenil. En muchos casos se aboga por aumentos de penas, mientras que en el sistema internacional se establecen mayores niveles de protección del menor. En algunos casos, se sugieren aumentos de penas, aunque sea en mínimas proporciones, no obstante, este tipo de reformas, al final, siguen siendo ineficaces, ya que se centra en el componente reformador, más que en una función punitiva y represiva del sistema (Tirado et al., 2022).

En este caso se plantea el interrogante frente a los casos de presión social donde las salidas de los menores en ámbitos de mayor delincuencia, pueden establecerse los mínimos establecidos en las sanciones y aun así conservar el proceso educativo trazado en su cumplimiento (ICBF-Observatorio, 2015, p. 17). Por ejemplo, se pueden asociar causas de desigualdades sociales, racismo, desintegración familiar, estigmatización social, consumo de drogas, alcohol, etc. Estos factores se asocian a relaciones interpersonales que moldean su comportamiento y la relación de pandillas con los menores (Velásquez Montalvo, 2011, p. 61). En 2010, por cada 100 capturas en nuestro país, “10 corresponden a menores de edad y de ellos el 40 % es detenido por hurto, el 29% por tráfico de estupefacientes... el 4,8 % por homicidio y porcentajes menores por otros

delitos” (Velásquez Montalvo, 2011, p. 61). En consonancia con esta fuente, el tráfico ocupa un lugar relevante, junto con el hurto.

En general, todo ello apunta a que la función postsanción debe ir relacionada con las obligaciones del sistema para con el adolescente infractor, aunque no desee el acompañamiento exigido en estos casos. Es decir, el Estado debe agotar los recursos posibles para cumplir con una especie de medidas alternas, que permitan el seguimiento a la sanción en este escenario posterior y, sobre todo, labores de protección en casos de marginalidad social y riesgo frente a bandas criminales organizadas (ICBF - Observatorio, 2015, p. 41). Este asunto se puede prever en situaciones que se dan en grandes ciudades, como Bogotá, Medellín, Cali, etc. En el Contexto colombiano, dichos eventos planteados manifiestan que sucede debido a causas sociales, entre ellas, conflictos relativos a riñas, intolerancia, vinculación a pandillas o incluso a sicariato. En la mayoría de los casos, esto se debió a circunstancias que los llevaron a actuar por error y vincularse a un proceso judicial, también por impulsos propios de la edad, falta de reflexión y ambición por el dinero, derivados bien sea de problemas psicosociales, o consecuencia del riesgo social y su entorno personal, sumado a la presión de grupos sociales y a la posibilidad de adquirir bienes materiales que cambien su situación personal (ICBF- Observatorio, 2015, p. 41).

De igual forma, las medidas anteriores, a primera vista, están acordes con el concepto de garantías, entre ellas la de ejecución (penitenciaria), que en todo sistema penal hace relación al debido cumplimiento de la sanción punitiva y todos los derechos que se enmarcan en tal situación (Sandoval, 2018, p. 22). Si bien es cierto que este momento permiten evidenciar los resultados del proceso, el problema se presenta al evaluar el alcance social de estas medidas.

Esta situación implica dos retos importantes para el sistema: la necesidad de reparación y las garantías de protección del adolescente infractor, lo cual influye en la posibilidad real de la responsabilidad penal de este, haciéndolo menos riguroso. En este supuesto también se presentan situaciones sociales de presión, como la exposición del adolescente infractor a un medio de criminalidad de alto impacto que adiciona elementos diferentes de la criminalidad habitual (Velásquez Montalvo, 2011, p. 61).

La experiencia referida demuestra que la existencia de bandas criminales en un ámbito social constituye un alto riesgo, porque les prometen a los adolescentes expuestos un estilo de vida que resulta atractivo para reclutarlos desde muy temprana edad e integrarlos a las organizaciones de alto impacto. Incluso esta modalidad permite implicarlos en delitos en los que inclusive no han participado (Velásquez Montalvo, 2011, p. 61).

Lo anterior superpone un antagonismo, pues ambos extremos requieren e implican una actuación del Estado que sea capaz de reconciliar la reparación integral de los perjuicios causados por el delito y los derechos del infractor en su calidad de menor, pero, además, todo ello bajo el influjo de situaciones de seguridad y de organizaciones criminales, como se hizo mención. En casos como el que hace referencia a la ciudad de Medellín, mediante sentencia del 26 de septiembre de 2018, El Tribunal Superior de esta ciudad impuso la sanción a dos adolescentes de libertad en establecimiento semicerrado en la escuela San José de Trabajos, dado que se observó una mayor convicción de adoptar medidas favorables a los infractores, por delitos relacionados con extorsión agravada de grupos de delincuencia organizada por lo que habían sido reclutados. De acuerdo con información de la Policía Nacional en esta región, por lo menos el 10 % de niños y adolescentes, según cifras de abril de 2021 en Medellín, se encuentran bajo riesgo de ser reclutados por estas organizaciones mediante ofrecimiento de dinero o amenazas (Blue Radio, 10/04/2021).

Esto, si bien generó el primer factor de discrepancia en el sistema, en todo caso tuvo elementos más favorables a su proceso evolutivo, mediante medidas de acompañamiento (Tribunal Superior de Medellín, Sentencia de 26 de septiembre de 2018). Es probable que la decisión determine en los infractores hacia el futuro un tipo de orientación que permita abandonar el riesgo del delito al que han sido expuestos; sin embargo, esto depende de los programas estatales orientados en tal sentido, pues en cualquier escenario, bien en Colombia o en cualquier ciudad del mundo, las bandas criminales son producto de grupos marginales que adquieren protagonismo en el contexto urbano (Kazyrytski, 2016, p. 7).

Por otra parte, el marco normativo de los derechos humanos y fundamentales de los adolescentes en el contexto colombiano confiere elementos esenciales al SRPA, de tal manera que sus principios estructurales son reconocidos en la tendencia jurisprudencial identificada, como, por ejemplo, en el concepto de dignidad humana. Pero también es necesario clasificar la diversidad de factores que pueden atentarse contra el menor infractor; razón que impone una reestructuración de medidas tendentes a comprender el alcance del fenómeno y los problemas particulares del menor infractor (Tirado Acero et al., 2022). Este criterio, por ejemplo, se expresa en varias decisiones, que lo definen como el principio que activa los mecanismos de protección del menor contra todo atentado en contra de su integridad física, moral y entorno social de libertad (Corte Constitucional, Sentencia T-142 de 29 de marzo de 2019).

De igual forma, se preservan medidas alternativas referidas al acompañamiento familiar como respaldo al cumplimiento de garantías procesales, que más allá del interés superior, constituyen la respuesta sancionatoria a los actos que se erigen como base del SRPA colombiano. Por ejemplo, en zonas de alto impacto se observan elementos interinstitucionales, dependiendo del nivel



de conflicto y exposición de los adolescentes infractores. En tales circunstancias es pertinente la promoción de medidas de acompañamiento y mayor protección, incluso desde los niveles de la fuerza pública, en el campo de la prevención, dado el ambiente de riesgo proclive a los elementos de delincuencia especial mencionados, bajo una política de garantía de los derechos humanos, especialmente, en este caso, en poblaciones en estado de vulnerabilidad (Riveros Arévalo, 2020, p. 67).

## II. LOS ELEMENTOS QUE GENERAN TENSION EN LA DECISIÓN JUDICIAL DEL SRPA

Uno de los principales aspectos que intervienen en las funciones del SRPA lo constituye la reparación de las víctimas. Este aspecto se enfrenta en muchos casos a las condiciones sociales de los infractores que no tienen mayores recursos para efectuar las prestaciones exigidas en este factor. Todo ello sumado a la alta tasa de delitos por parte de los adolescentes, con altos índices de reincidencia, en grandes ciudades como Bogotá (Rodríguez, 2012, p. 27).

Con lo anterior es claro que mediante la estructura Sociedad-Estado-Familia, el adolescente infractor puede ser responsable y contribuir a los actos reparadores, no obstante, en múltiples ocasiones esto puede ser nugatorio frente a esta exigencia judicial. Aquí es preciso ahondar en el alcance de la decisión judicial y cómo se podrían reemplazar estas obligaciones en caso de que no puedan ser objeto de contraprestación para la sociedad. En tal sentido, las decisiones judiciales sostienen que las sanciones, sobre todo cuando se trata de las privativas de la libertad, implican un diagnóstico favorable sobre las condiciones personales, sociales y familiares del adolescente y el proceso pedagógico que tuviere lugar, razón que impone el análisis de caso de los adolescentes involucrados en la acción, para estudiar la viabilidad de la sustitución de las mismas, entre ellas, las obligaciones económicas derivadas de la comisión del ilícito (Tribunal Superior de Medellín, Sentencia de 26 de septiembre de 2018).

Derivado de lo anterior, surge la exigencia de revisión de la decisión judicial, para tratar de buscar elementos que equilibren esta ausencia de cumplimiento efectivo de reparación, sin dejar de lado la finalidad educativa del SRPA. Este elemento de juicio revela otro fundamento problemático de eficacia simbólica de la sanción en el SPRA, dada la ausencia de reparación integral. Por ejemplo, en un caso de tráfico de estupefacientes de un adolescente infractor en Pereira, se determinaron factores como: (i) desescolarización; (ii) consumo de alcohol desde la edad de 15 años; (iii) no control de sus actos por parte de la unidad familiar; (iv) alta influencia negativa de sus pares; y (v) el inminente peligro frente a terceros por la incautación de la sustancia ilícita. En este asunto, el tráfico impide asegurar un concepto específico de víctimas, aun así, el atentado contra la salud pública genera un problema de seguridad y afectación de la sociedad en virtud de

la conducta, situaciones que también requieren de planes específicos de prevención (Tribunal Superior de Pereira, Sentencia de 12 de julio de 2019).

En este asunto, debido a la instrumentalización del delito de que fue víctima el adolescente infractor, la medida privativa es conveniente, pero en establecimiento semicerrado bajo condiciones de trabajo y estudio. Lo anterior por cuanto en el informe sicosocial - familiar presentado por el ICBF se identificaron falencias en el entorno del menor. En este sentido, debido a estas circunstancias particulares, para poder analizar la sanción que resulte más adecuada, se antepone, en primer lugar, garantizar el proyecto de vida del menor a través de una intervención interdisciplinaria (Tribunal Superior de Pereira, Sentencia de 12 de julio de 2019).

De otra parte, es interesante que la nueva valoración del menor como sujeto penalmente responsable varió la calificación de la anterior legislación (Decreto 2737 de 1989), que consideraba como inimputable al adolescente infractor. Es decir que no podía autodeterminarse ni comprender la ilicitud de su comportamiento, por lo tanto, las decisiones adoptadas frente a sus actos residían en medidas de tutela y curatela, pero no de tipo reparador o educativo. Con lo cual era importante establecer la necesidad de que pudiera ser responsable de sus actos en la Ley 1098 de 2006, pues esta calidad permite actualmente a los jueces especiales del SRPA fallar de acuerdo con sus actos ejercidos mediante conductas penales, así como las consecuencias jurídicas derivadas del delito.

El avance en este tiempo desde la promulgación de la Ley 1098 de 2006, como se ve en los precedentes analizados, implica asegurar un comportamiento de responsabilidad de los adolescentes infractores en relación con el análisis de las conductas penales. Superados los presupuestos de inimputabilidad, en este tiempo se puede dar por sentada la necesidad de acudir a los tribunales especializados para sentar los precedentes y por medio de ellos permitir el reclamo de perjuicios. Desde el plano legal, estos son los antecedentes que permiten tales exigencias, no obstante, el problema corresponde a los factores de posibilidades reales frente al problema. Sin embargo, los acuerdos que puedan lograrse en virtud de ello pueden ser mecanismos alternos que posibilitan tales exigencias (Ley Estatutaria de 1622 de 2013. ICBF- Observatorio del Bienestar de la Niñez, 2015, p. 15)

Debido a las características del SRPA, la finalidad pedagógica de la sanción al adolescente, y al mismo tiempo reparadora para las víctimas, indica un factor frente a la justicia ordinaria de tipo diferencial (Sandoval y Tirado, 2013), que permite analizar cuáles son los factores que determinan la sanción del SRPA frente al concepto de eficacia simbólica que requieren de revisión, todo ello con respecto al adolescente infractor y a las víctimas.

En cuanto a la estructuración de la sanción en el SRPA, en primera instancia se observa que la misma, además de análisis de la culpabilidad, de la conducta y de la responsabilidad penal, analiza el aspecto sicosocial del adolescente. Estos dos factores determinan el sistema, de sanciones que revelan aspectos moderados conforme a la finalidad educativa del sistema (Tribunal Superior de Armenia, Sentencia de 4 de abril de 2008).

Lo anterior implica que es difícil cambiar tal estructura, dado que todo el sistema fue armonizado con los instrumentos internacionales, que imponen moderación de penas y funciones sicosociales para el menor no judiciales (Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989).

En este sentido, es probable que a partir de la estructura vigente del SRPA, sea necesario reconocer la ineficacia del sistema mismo; de allí que se requiera la revisión del alcance de la sanción, toda vez que la misma puede prometer una serie de obligaciones que no se podrán cumplir. Es decir, es posible que debamos partir de este reconocimiento, con lo cual es probable que el sistema resida en el uso simbólico de sus normas (García Villegas, 2014). Por ejemplo, en un estudio a partir de 2008 a 2017 se evidenció que la tasa de delitos más alta entre adolescentes se presentó entre 2011 y 2012, correspondiente a las conductas de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes con 25 %, hurto con el 20 %, lesiones personales con 19% y violencia intrafamiliar con 12 %” (Serna Gallego, 2018, p. 89). El anterior estudio revela que conforme al concepto de eficacia simbólica y de acuerdo con las cifras arrojadas, el conflicto no llega a resolverse, lo que implica la comisión de diversas conductas en un ámbito social que al final no tiene resultados ni para la sociedad ni para las víctimas.

En consonancia con lo anterior, se puede observar, siguiendo el criterio de García Villegas (2014), que “la fuerza del derecho radica en que funciona como un utensilio que puede ser usado para distintos oficios, uno de los cuales es el propiamente jurídico” (p. 46) y como se expone en la contraportada del libro “el derecho no solo funciona como un instrumento destinado a lograr objetivos mediante sanciones e incentivos sino también como un mensaje destinado a conseguir ciertos fines a través de imágenes y de símbolos”, donde el objeto del SRPA fluctúa precisamente en esta dinámica, sobre todo, en la recuperación de la población adolescente que ha cometido delitos. Más aún, con frecuencia en ello reside la ineficacia instrumental de su objeto, toda vez que es un proceso que se dirige más intrínsecamente a la recuperación del infractor y no a la recuperación de la víctima. Si comparamos con el SRPA, este es el sentido de las decisiones judiciales que constituyen amenazas del derecho, pero simplemente eso. En el campo de su efecto social, puede ser solamente normativo, no material, como se revela del efecto de la sanción en el SRPA (Serna Gallego et al., 2018; Tirado Acero y Pinilla León, 2022).

Por lo anterior, y en consonancia con la vigente ley de Infancia y Adolescencia, dicha sanción aplicable, bajo este modelo consiste en: “Amonestación, Imposición de reglas de conducta, Prestación de servicios a la comunidad, Libertad Vigilada, Internamiento en medio semicerrado y Privación de libertad en centro de atención especializado” (Art. 177, Ley 1098 de 2006). Es así que tales sanciones corresponden a mecanismos de recuperación del menor con esquemas que propenden por el sistema abierto, en tanto que deben ser cumplidos en programas de atención especializados del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), atendiendo los lineamientos técnicos diseñados por dicha entidad, “los cuales tienen como finalidad la protección, educación y restauración del adolescente con el apoyo de la familia y de especialistas (Ley 1098 de 2006. Art. 177 -178)” (Serna Gallego et al., 2018, p. 92).

Desde esta perspectiva, vale la pena revisar, de igual forma, los demás integrantes del sistema que señalan las políticas de cumplimiento de la sanción como el ICBF, sistemas cerrados y semicerrados de cumplimiento de la sanción, defensor de familia, etc., a fin de indagar sobre este aspecto y, sobre todo, el proceso de integración del adolescente a la sociedad (ICBF, 2018, pp. 67 y 68).

De igual forma se debe revisar las instancias de juzgamiento del SRPA a fin de analizar las líneas de cumplimiento de las sanciones adoptadas en este sentido, sobre todo en lo referente a las víctimas. Al respecto existen análisis que manifiestan que el 10 % de la delincuencia en Colombia corresponde a delincuencia juvenil (Caracol Radio, 2013), por lo tanto, este sector tiene importancia en la comisión de delitos y seguridad ciudadana. En este campo es posible que muchos delitos que corresponden a este tipo de criminalidad afecten la seguridad ciudadana, social y, por lo tanto, a las víctimas en cuanto a los elementos de reparación analizados (Ley Estatutaria 1622 de 2013. ICBF - Observatorio del Bienestar de la Niñez, 2015, p. 15)

Desde esta óptica, este efecto de la sanción implica determinar cómo se puede reparar el daño y restablecer el derecho en estos casos en los que se reconoce la ausencia de este mecanismo de resarcimiento de perjuicios. Es decir, es posible que sea necesaria la promoción de mecanismos alternos planteados para el cumplimiento de la sanción tanto para el adolescente infractor como para las víctimas. En este sentido, en la mayoría de los casos se plantean los actos de mediación y resarcimiento de perjuicios, pero su cumplimiento solo puede ser cumplido mediante la voluntad de los infractores y su capacidad, que en último caso es precaria (UNODC-Secretaría Distrital, 2017).

Incluso, todo esto tendría incidencia en el factor reincidencia del adolescente infractor y el principio de interés superior. Estos factores pueden ser de utilidad para verificar las figuras actuales que contempla la decisión y, si es necesario, adicionar nuevos elementos basados en estos

mecanismos alternos o en la promoción de nuevos elementos que puedan servir de base para la adopción de nuevas medidas de reparación basadas en políticas públicas orientadas a este sector. Si bien podrían adicionarse mayores mecanismos, lo real que es que el sistema parece inclinarse un poco más a la recuperación del menor para la sociedad más a en la reparación; todo ello se deriva no solo de los instrumentos legales adoptados para tal efecto, sino también del ámbito de la decisión, que generalmente se dirige a este punto y, en menor medida, atiende la afectación de víctimas (ICBF. Resolución 11875 de 2019).

### **III. FUNDAMENTOS QUE INTERVIENEN EN LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL SRPA**

En concreto, se puede aseverar que los fundamentos mediante los cuales se estructura la decisión judicial del SRPA en Colombia y los estudios que han analizado el problema de su cumplimiento revelan que desde 2010 se ha desarrollado una doctrina relevante en la materia y en los sistemas judiciales juveniles. En muchos casos se parte de estudios de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Justicia-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, que abordan el problema desde sus esferas jurídica, sociológica y psicológica. En tales estudios se analiza el problema de la ineficacia de las normas que integran dicho sistema, así como la falta de cooperación interinstitucional y la falta de efectividad de las sanciones (Velasco Hernández, 2020).

A su vez, el “concepto de víctima tiene en cuenta los derechos vulnerados al sujeto pasivo del acto punible y paralelamente abarca los derechos del cual es titular el autor del delito” (De Jorge Mesas, 1998, p. 53). En definitiva, en el concepto de víctima se incluye a “toda persona que, directa o indirectamente, sufre las consecuencias lesivas, patrimoniales, físicas o morales, del hecho delictivo” (De Jorge Mesas, 1998, p. 53). En este sentido, el concepto penal sobre los perjuicios derivados del delito y las líneas jurisprudenciales que surgen de la jurisdicción de Infancia y Adolescencia, atienden los mecanismos jurídicos tradicionales. Sin embargo, en muchos de los casos analizados, el criterio de reparación se adhiere al SRPA mediante el principio de integración de las normas penales a la Ley 1098 de 2006. Lo relevante es que existe la posibilidad de reparación; sin embargo, esto depende de los recursos del adolescente infractor y de los compromisos que pueda asumir y cumplir para tal efecto.

Sobre este aspecto se integran y analizan los conceptos de “daño físico o mental, sufrimiento emocional, pérdida económica o deterioro substancial de sus derechos fundamentales por medio de actos u omisiones en infracción de leyes penales...” (Resumil, 1992, p. 224), así como el “detrimento, menoscabo, perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona, sus bienes espirituales y corporales o patrimoniales” (Gil Botero,

2010, p. 105), y la responsabilidad de los Estados por los actos mediante los cuales el “derecho individual ha sido denegado o dañado por el acto ilegal internacional o que ha sido de otra manera particularmente afectado por dicho acto” (Feria, 2006, p. 161). Lo anterior también citado Morales Ordoñez (2019, pp. 9, 11 y 20). No obstante, en este caso, tales presupuestos solamente cobran vigencia en el caso en que el menor pueda asumir los costos indemnizatorios, labor que en gran parte reside en el acta de compromiso. La posibilidad únicamente se centra en el reconocimiento de obligaciones, lo cual reitera el alcance de esta jurisdicción centrada en el adolescente infractor y su posible proceso de recuperación social (UNODC-Secretaría Distrital, 2017).

De igual forma, lo anterior permite identificar un concepto de responsabilidad entre los actos que se generan contra las víctimas y la conducta del adolescente infractor. En este caso, la teoría general sobre este campo de reparación hace parte de conceptos establecidos en el derecho administrativo, como los planteados por Enrique Gil, en lo pertinente a la Responsabilidad extracontractual del Estado; en el campo penal se trata del restablecimiento del derecho afectado y la reparación del daño causado con el delito. De esta forma, los diversos conflictos que se presentan entre Principios y Normas, en los cuales aparecen estándares de reparación e indemnización pueden ser aplicables para solucionar el conflicto que se presenta entre los derechos del adolescente infractor y las víctimas (Gil Botero, 2010, p. 6; Alexy, 1993, p. 83). Se trata de exigencias de justicia, equidad, entre otros aspectos (Dworkin, 1977, p. 72).

Desde esta perspectiva y bajo este entendido,

la víctima directa es aquella a la que va dirigida la agresión o quien sufre directamente el mal causado por el delito en los bienes jurídicos de los que es titular, sea o no perjudicado. Es el “sujeto pasivo de la infracción penal” (Delgado, 1994, p. 5). Por su parte, las víctimas indirectas pueden ser consideradas como aquellas personas que se afectan por la consecuencia mediata de la agresión, repercutiendo en su entorno, ya sea familiar, social o afectivo, por la existencia de una estrecha relación con la víctima directa. (Morales Ordoñez, 2019, p. 9)

Aunado a lo anterior, Morales Ordoñez, retomando a Resumil (1992), refiere que este

señala que una de las normas de derecho internacional que explica el concepto de víctima, es la Declaración de los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1985. (p. 9)

Otro concepto asociado a este campo se genera en la teoría de la responsabilidad de la conducta reprochable por el Estado que tiene que sufragar esa obligación. La misma se genera en el sujeto imputado del acto, todo ello para reparar el daño.

Así mismo, en este criterio es pertinente analizar la relación entre la sanción y la victimización, e incluso, la revictimización; primaria para la persona objeto del delito; secundaria, por la intervención sobre la víctima, sus familiares o personas allegadas, y terciaria sobre los costos de penalización del autor del delito, como por ejemplo, retaliaciones e, incluso, atentados contra la integridad de la víctima (García-Pablos, 1994; 1998, pp. 145 y ss.; Morillas et al., 2014, p. 264.). Esto resulta con mayor injerencia en casos como los analizados relativos a la vinculación del adolescente con situaciones de delincuencia organizada, en las que el factor de riesgo y marginalidad son prevalentes, lo que, a su vez, revela extremas circunstancias de vulnerabilidad.

#### **IV. PRINCIPALES FACTORES ALTERNOS QUE SUSTITUYEN EL ALCANCE DE LA DECISIÓN (FACTORES SIMBÓLICOS)**

En este sentido, a partir de un primer exploratorio sobre el estado actual de la sanción en el SRPA, se puede definir el derecho a través de las decisiones judiciales y sus efectos que se centran en la teoría de Pierre Bourdieu (2014) y Mauricio García Villegas (2014), que se refieren a las mismas como instrumentos destinados “a lograr objetivos mediante sanciones e incentivos”. Además, promueven “un mensaje destinado a conseguir ciertos fines a través de imágenes y de símbolos” –como se acotó con antelación–. Con frecuencia, en ello reside la ineficacia instrumental de su objeto, de tal suerte que, si comparamos el SRPA con el alcance de los precedentes examinados, se pudo establecer que, en efecto, constituyen amenazas del derecho, pero simplemente eso, sin herramientas estables para su cumplimiento efectivo. En el campo de su efecto social puede ser solamente normativo, pero no material, como se revela del efecto de la sanción en el SRPA, tal y como se demuestra en diversos estudios realizados por las instituciones involucradas en el sistema (UNODC-Secretaría Distrital, 2017; Ley Estatutaria 1622 de 2013. ICBF- Observatorio del Bienestar de la Niñez, 2015. p. 15; Tirado Acero y Pinilla León, 2022, pp. 37 y 38).

En cuanto a la teoría de la responsabilidad, se analizan las fuentes teóricas sobre este concepto que va a ser aplicado al SRPA, partiendo de las bases conceptuales sobre la materia (Kelsen, 1958, p. 75; Farrando y Martínez, 1999, p. 545). Todo ello se requiere en la medida en que se trata de evitar, en este sentido, “que se produzca cualquier daño injustificado, que deba soportarlo la comunidad” (Fernando y Martínez, 1999, p. 545); lo realmente desafiante se puede verificar en las posibilidades reales de su exigibilidad.

Así mismo, cuando se trata de un acto en contra de los derechos fundamentales de la persona, este concepto establece la relación o nexo causal “entre un acto que produce un resultado dañoso y un sujeto, por virtud de cuya relación se imputan a este los efectos que el acto genera” (Farrando y Martínez, 1999, p. 124). Esto permite establecer los hechos que pueden ser determinantes del daño que ocasiona el perjuicio.



Respecto a este aspecto de la responsabilidad, la dimensión teórica de este conflicto permite establecer que es posible que se trate de un fenómeno de derecho insuficiente o de posibilidades teóricas reales que solamente pueden ser satisfechas en bajos niveles de satisfacción, o en la mayor medida de lo posible (Alexy, 2003, p. 86). En consonancia con la doctrina, la existencia de un derecho o pauta normativa, en su deber ser, debe estar estrechamente ligada a la “validez y haber sido creada de acuerdo con unas reglas determinadas y contentiva de pautas corrección” (Tirado et al., 2018), no así en el presente caso, no se puede abordar simplemente los fundamentos teóricos del problema sin examinar el alcance social de la situación del SRPA, dado que los actores que se presentan, como por ejemplo, factores de delincuencia organizada, pueden tener un potencial suficiente para imposibilitar la resolución del conflicto.

Empero, en un Estado social de derecho como el nuestro, y de su función judicial, las normas no solo devienen del legislativo, sino también se enmarcan en la “interpretación normativa por parte de los jueces, en uso de una atribución creativa que le corresponde al legislador (art. 150 y ss. de la CP de 1991)” (Tirado et al., 2018), en consonancia la “pretensión de eficacia normativa se da en términos de protección de derechos y, por otro, a una pretensión de completitud del sistema constitucional” (González, 2002, como se citó en Tirado et al., 2018, p.7), bajo una visión integral. Este fundamento frente a los estudios de caso realizados permite verificar que este valor teórico se enfrenta en el caso de la sanción, a posibilidades reales de cumplimiento (Latorre et al., 2018), que implican para el Estado la búsqueda tanto de mecanismos alternos de solución como de programas de prevención para el adolescente infractor (Delgado Llanos, 2010; Padovani, 2010).

## CONCLUSIONES

En el presente caso, las situaciones de seguridad social advertidas y el fuerte impacto de la delincuencia organizada en el caso de los adolescentes infractores permiten evidenciar que la atención primaria debe ser en relación con los grupos organizados y posteriormente respecto a los adolescentes, dada la imposibilidad de cumplir con las expectativas de parte de todo el ámbito institucional con la sociedad, sobre todo en la reparación de perjuicios derivados de la comisión de las conductas punibles en el SRPA.

En los estudios de caso realizados se puede establecer un patrón específico que permite comprobar que en el sistema, el alcance de la validez jurídica y eficacia de los parámetros objeto de estudio del SRPA se enfrenta a situaciones inevitables de incumplimiento y, por lo tanto, se observa que los mecanismos alternos de solución de conflictos permitirían hallar soluciones negociadas entre el infractor y la comunidad, dada la ineficacia en cuanto al cumplimiento real de obligaciones pecuniarias derivadas de la conducta punible.



En lo referente a este punto los referentes teóricos son rebasados por la experiencia social, que en todo caso revela un ámbito de impunidad, expresado en los estudios mencionados anteriormente, donde, si bien el derecho puede asumir una fundamentación legal de la responsabilidad, la praxis implica que la misma carece de mecanismos de coerción para su efectividad, sobre todo en el ámbito de la reclamación.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Asamblea General de la ONU. (1989). *Convención de los derechos del niño*. Resolución 44/25 de 20 de noviembre.
- Blue Radio. Noticias. (10 de abril de 2021). Recuperado de: <https://www.bluradio.com/blu360/antioquia/investigan-a-16-bandas-criminales-de-medellin-que-usarian-menores-para-cometer-delitos#:~:text=Entre%20las%20principales%20bandas%20que,el%20corregimiento%20Altavista%20y%20Bel%C3%A9n>
- Bourdieu, P. (2014). *Capital Cultural, Escuela y Espacio Social*. Editorial Siglo del Hombre.
- Caracol Radio, 2013. El 10 por ciento de la delincuencia en Colombia es juvenil. Recuperado de: [https://caracol.com.co/radio/2013/08/03/judicial/1375519200\\_944480.html](https://caracol.com.co/radio/2013/08/03/judicial/1375519200_944480.html)
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1098 de 2006. “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. *Diario Oficial* 46.446 de 8 de noviembre de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019) Sentencia T-142 de 29 de marzo. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- De Jorge Mesas, L. F. (1998). *Víctima y proceso penal*. Fondo de Población de Naciones Unidas (PNUD).
- Delgado Llanos, L. F. (2010). *Fundamentos del sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Edit. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Delgado Martín, J. (1994). *El Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal Español*. Trotta.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.
- Farrando, I. y Martínez, P. (1999). *Manual de Derecho Administrativo*. Ediciones de Palma.
- Feria Tinta, M. (2006). La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento. *Revista IIDH*, 43, 159-203.
- García-Pablos De Molina, A. (1994). *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Editorial Tirant lo Blanch.
- García-Pablos De Molina, A. (1998). *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Editorial España.

- García España, E. (2014). Delincuencia de migrantes y motivaciones delictivas. *Revista InDret*, 4, 1-21.
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho*. Editorial Debate IEPRI - Universidad Nacional de Colombia.
- Gil Botero, E. (2010). *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (4ª ed.). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- González, C. M. (2002). *Racionalidad científica y discursos prácticos: La compleja relación entre moral y derecho*. Universidad Nacional de Río Cuarto.
- ICBF-Observatorio del bienestar de la Niñez. (2015). *Adolescentes Jóvenes y Delitos. Elementos para la comprensión de la delincuencia juvenil en Colombia*. ICBF. Recuperado de: <https://www.icbf.gov.co/programas-y-estrategias/observatorio-del-bienestar-de-la-ninez/adolescentes-jovenes-y-delitos>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF]. (2018). *Lineamiento modelo de atención para adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley - SRPA*. ICBF.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF]. (2019). Resolución 11875 de 24 de diciembre. *Diario Oficial* 51.177 de 24 de diciembre 2019.
- Kazyrytski, L. (2016). Las bandas callejeras latinoamericanas en España y el giro punitivo en el tratamiento de su problemática. *Revista InDret*, 2, 1-25.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del derecho* (4ª Reimpresión de la edición de 1960). Editorial Universidad Autónoma de México..
- Latorre Iglesias, E. L. Tirado Acero, M. y Ardila Mora, J. A. (2018). *Sistema de responsabilidad penal adolescentes de una sociedad transicional: una mirada interdisciplinaria al caso colombiano*. Ediciones Universidad Sergio Arboleda. <https://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/1224>
- Morales Ordóñez, W. J. (2019). *Responsabilidad estatal derivada de la omisión en la adopción de Medidas de Protección a las víctimas del Conflicto Armado Colombiano* [Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia]. Bogotá.
- Morillas Fernández, D. L. Patró Hernández, R. M. y Aguilar Cárceles, M. M. (2014). *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson.
- Padovani, A. (2010). *Justicia de adolescentes perspectivas y programas de intervención*. Consejo Superior de la Judicatura.
- Presidencia de la República de Colombia. (1989). Decreto 2737 2 de noviembre. "Por el cual se expide el Código del Menor".
- Resumil de Sanfilippo, O. E. (1992). *Criminología General* (2ª ed.). Editorial de la Universidad de Puerto Rico.

- Riveros Arévalo, R. M. (BG). (2020). El servicio de Policía con un enfoque basado en los derechos humanos. *Revista Policía Nacional*, 325, 64-67.
- Rodríguez Cely, L. A. (2012). Análisis de la Justicia Restaurativa en Materia de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia. *Anuario de Psicología Jurídica*, 22, 25-35.
- Sandoval Mesa, J. A. (2018). *La garantía criminal en materia penal y penal internacional*. Tirant lo Blanch.
- Sandoval Mesa, J. A. y Tirado Acero, M. (2013). Fundamentos socio jurídicos en materia penal del adolescente infractor frente al fenómeno del reclutamiento forzado. *Revista IUSTA*, 38 (1), 81-99.
- Serna Gallego, C.P. Ospina Díaz, L. P. Areiza Murillo, S. M. y Areiza Murillo, N. M. (2018). *Responsabilidad penal de adolescentes: sanciones y justicia restaurativa: caso de Pereira 2014-2017*. [Trabajo de grado de Maestría, Universidad Libre]. Pereira. <https://repository.unilivre.edu.co/handle/10901/16912>
- Tirado Acero, M. Cáceres Tovar, V. M. y Quintero Sierra, O. L. (2018) Interpretación Judicial y Creación Normativa: Sobre las normas de origen jurisprudencial. *Proyecto de Investigación* Convocatoria Julio César García, Universidad La Gran Colombia, Bogotá.
- Tirado Acero, M. Sandoval Mesa, J. A. Latorre Iglesias, E. L. Pinilla León, J. Herrán Pinzón, O. A. y Forero Dueñas, D. C. (2022) *Eficacia simbólica de las decisiones judiciales en el sistema de responsabilidad penal adolescente –SRPA–*. Editorial Instituto de Altos Estudios -ILAE- <https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/329>
- Tirado Acero, M. y Pinilla León, J. (2022). *Eficacia simbólica de las decisiones judiciales. Diálogo intercultural e interjurisdiccional entre la justicia especial indígena (JEI) y la justicia ordinaria (JO)*. Editorial Instituto de Altos Estudios ILAE . <https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/324>
- Tribunal Superior de Armenia. Sentencia de 4 de abril de 2008. M.P. Luis Fernando Dussan.
- Tribunal Superior de Medellín. Sala de Asuntos penales para adolescentes. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. M.P. Miguel Humberto Jaime Contreras.
- Tribunal Superior de Pereira. Sala Segunda de Asuntos Penales para Adolescentes. Sentencia de 12 de julio de 2019. M.P. Jorge Arturo Castaño Duque.
- UNODC-Secretaría Distrital Bogotá. (2017). *Marco Conceptual Justicia Restaurativa y Principio de Oportunidad*. Bogotá: UNODC-Secretaría Distrital de Bogotá, D.C.
- Velasco-Hernández, H. F. (2020). El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50 (133), 259-280. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a02>
- Velásquez Montalvo, C. (2011). Delincuencia y Responsabilidad Penal en Colombia. *Revista Pensamiento Americano*, 2 (6), 57-61.

# **Particularidades del análisis del llamamiento en garantía por parte del tribunal arbitral\***

*Particularities of the Analysis of the  
“Call in Guarantee” by the Arbitral Tribunal*

L U I S A B R I T O N I E T O

Abogada de la Universidad Externado de Colombia con máster en Mediación, Arbitraje y Gestión de Conflictos en Derecho Privado de la Universidad de Valencia (España). .  
Actualmente candidata a doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia.  
Docente Investigadora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [luisa.brito@uexternado.edu.co](mailto:luisa.brito@uexternado.edu.co).  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4481-8811>

---

\* Este artículo fue elaborado en desarrollo del proyecto de investigación denominado “Análisis en torno al arbitraje en Colombia”, perteneciente a la línea de investigación de “Medios Alternativos de Solución de Conflictos”, adscrita al Grupo de Investigación de Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia (reconocido por Colciencias en la categoría A).

## Resumen

Las distintas posibilidades de ocurrencia del llamamiento en garantía, sumadas a que el proceso arbitral prevé etapas acordes con su naturaleza, pero distintas a las del proceso verbal consagrado en el Código General del Proceso, y a que el arbitraje se rige por el principio de habilitación, ha generado en la práctica cuestionamientos frente al alcance y a los límites del análisis del llamamiento que debe efectuar el panel arbitral en las diferentes etapas del arbitraje. En consecuencia, en este artículo de investigación se estudian de manera crítica la naturaleza y vicisitudes que reviste este examen. Así las cosas, se concluyó que el análisis del llamamiento en garantía por parte del tribunal arbitral en cada etapa procesal es distinto, siendo la primera audiencia de trámite, y no la admisión del llamamiento, la etapa en la cual corresponde al tribunal decidir sobre su competencia *ratione personae* y *ratione materiae* en relación con el llamamiento.

### PALABRAS CLAVE

Arbitraje, llamamiento en garantía, oponibilidad del pacto arbitral, principio de habilitación, principio *kompetenz-kompetenz*.

## Abstract

The different ways of occurrence of the “call in guarantee”, added to the fact that the arbitration process has stages according to its nature, but different from those of the verbal process enshrined in the General Code of the Process, and that the arbitration is governed by the principle of the autonomy of the will, in practice, has generated questions on the scope and limits of the analysis of the appeal that the arbitration panel must make in the different stages of arbitration. Consequently, in this paper, the nature and vicissitudes of this exam are critically studied. It was concluded that the analysis of the “call in guarantee” by the arbitration court at each procedural stage is different, being the first hearing for processing, and not the admission of the “call in guarantee”, the stage in which it corresponds to the tribunal to decide on its competence *ratione personae* and *ratione materiae* in relation to the calling.

### KEYWORDS

Arbitration, “call in guarantee”, extensión of the arbitral agreement, principle of the autonomy of the will, principle of *kompetenz-kompetenz*.

## INTRODUCCIÓN

El llamamiento en garantía es una de las llamadas “otras partes” por la legislación procesal civil, y que tiene cabida en el proceso arbitral en Colombia, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, en adelante Estatuto Arbitral o Estatuto de Arbitraje).

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta las distintas alternativas de ocurrencia del llamamiento en garantía que cobija la ley, las particularidades del proceso arbitral y principalmente las etapas procesales previstas para su trámite, en la práctica han surgido interrogantes en torno a la naturaleza, al alcance y a los límites del análisis que debe efectuar el tribunal arbitral respecto del llamamiento en garantía. En este escrito nos encargaremos del estudio crítico de las peculiaridades que reviste este examen por parte del panel arbitral en las distintas oportunidades a lo largo del trámite del proceso arbitral.

En ese sentido, en el primer acápite nos dedicaremos a exponer las generalidades del llamamiento en garantía en el arbitraje colombiano. Por su parte, en el segundo aparte del escrito procederemos a analizar concretamente el alcance y los límites del examen que debe efectuar el panel arbitral del llamamiento en garantía, teniendo en cuenta las diferentes alternativas de ocurrencia de dicha figura, en las distintas etapas del proceso arbitral.

Para llevar a cabo el estudio antes descrito, se utilizará una metodología crítica, tomando como sustento fuentes doctrinales y jurisprudenciales, incluidos laudos arbitrales.

## I. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN EL ARBITRAJE EN COLOMBIA

En este acápite se pretende estudiar las generalidades del llamamiento en garantía en el arbitraje en Colombia, con el propósito de sentar las bases para el análisis crítico de las vicisitudes prácticas que se han identificado. En ese sentido, se expondrá: i) la procedencia; ii) la fijación de honorarios y gastos a pagar por parte del llamado en garantía; iii) la adherencia o aceptación del llamado en garantía del pacto arbitral; y iv) la aplicación en el tiempo de las normas previstas en el Estatuto de Arbitraje para el llamamiento en garantía.

## A. Procedencia

De conformidad con el artículo 37 del Estatuto de Arbitraje, la intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía y demás otras partes<sup>1</sup> se someterá a lo previsto en el estatuto procesal civil, esto es, a la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso, en adelante CGP). De acuerdo con el artículo 64 del CGP, el llamamiento en garantía procederá en el evento en el que algún sujeto esté llamado a responder, de forma total o parcial, por la condena que se imponga eventualmente a la parte demandada en el proceso arbitral, ya sea en virtud de un contrato o de la ley. Quien desee convocar —ya sea el demandante o el demandado— al llamado en garantía, deberá hacerlo en la demanda o en el término para contestarla.

Así las cosas, mediante el llamamiento en garantía es vinculado al proceso un sujeto que se encuentra obligado a responder por la condena que se imponga, ya sea a través del reembolso total o parcial de lo pagado como resultado de la sentencia, o por medio de la indemnización directa del perjuicio (Echandía, 1962; Echandía, 2009; Echandía, 2015; Sanabria, 2021). Por lo anterior, el juez, y para el caso que nos concierne el tribunal arbitral, debe también decidir en el fallo sobre la relación jurídica existente entre el llamante y el llamado en garantía, y particularmente, si el llamado se encuentra obligado a responder por las condenas que se impongan en el laudo arbitral.

## B. Fijación de honorarios y gastos a asumir por parte del llamado en garantía.

En el auto en el que el llamamiento en garantía sea admitido, el tribunal arbitral procederá a fijar un monto adicional por concepto de honorarios y gastos, los cuales deberán ser asumidos por el llamado en garantía. La suma establecida deberá ser consignada dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del auto antes mencionado (Estatuto de Arbitraje, artículo 37).

Ahora bien, si el llamado en garantía no paga el monto adicional fijado, el proceso arbitral continuará sin su intervención (Bejarano, 2017), salvo que alguna de las partes realice el pago dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del término inicial que el llamado tenía para consignar (p. 431).

---

<sup>1</sup> La categoría de otras partes o copartes hace referencia a intervinientes, “(...) distintos del demandante y el demandado, que concurren al proceso a defender o a reclamar un derecho, y por consiguiente, en la sentencia se resuelve sobre dicha defensa o sobre dicha reclamación” (Sanabria, 2021, pp. 297 y 298). Ver también: López (2019, p. 376).

### **C. Adherencia o aceptación del pacto arbitral por parte del llamado en garantía**

Según el mencionado artículo 37 del Estatuto Arbitral, el llamado en garantía debe haber suscrito el pacto arbitral que habilitó a los árbitros para conocer de la controversia, o haberse adherido a él. En cuanto a esta última alternativa, prevé el párrafo primero de la norma en cita que en el evento en el que se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato en el que se ha incorporado un pacto arbitral, aquella quedará vinculada por sus efectos<sup>2</sup>.

Ahora bien, resulta preciso mencionar que con sustento en dicha disposición normativa, también se han entendido vinculados por el pacto arbitral aquellos sujetos que han suscrito un contrato de garantía, pero que han sido vinculados al proceso en calidad de demandados y no de llamados en garantía (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral, 2019a; Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral, 2020).

El párrafo primero del artículo 37 del Estatuto Arbitral nos obliga a cuestionarnos si la vinculatoriedad del pacto arbitral contenido en el contrato que el llamado se obligó a garantizar, así este sujeto no lo hubiere suscrito o no se hubiere adherido expresamente a él, contraviene el principio de habilitación<sup>3</sup> del arbitraje (Reyes, 2017).

A nuestro juicio, para la obtención de una respuesta al interrogante planteado debe analizarse el párrafo en comento a la luz de las distintas formas de manifestación de la voluntad de someterse a arbitraje, que han tenido desarrollo en la práctica arbitral<sup>4</sup>. En ese orden de ideas, así el llamado en garantía no haya suscrito documento alguno en el que hubiere manifestado su vo-

---

<sup>2</sup> La disposición normativa contenida en el párrafo primero del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-170 de 2014.

<sup>3</sup> De acuerdo con la Sentencia C-163 de 1999, proferida por la Corte Constitucional, “El sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que “el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral. La justicia arbitral sólo está permitida constitucionalmente si está habilitada por las partes”. Ver también: Corte Constitucional, Sentencia T-511 de 2011; Sentencia C-572<sup>a</sup> de 2014; Sentencia C-466 de 2020.

<sup>4</sup> Muestra de ello ha sido, por ejemplo, el desarrollo jurisprudencial en materia de la vinculatoriedad del pacto arbitral incorporado en los estatutos sociales, el cual resulta vinculante para los socios o accionistas que se vinculen con posterioridad a su inserción en los estatutos, sin necesidad de que estos manifiesten ex-



luntad de adherirse al pacto arbitral incorporado en el contrato que está llamado a garantizar, sí manifestó su voluntad de forma clara —aunque indirecta— de adherirse al mismo, al momento de decidir libremente garantizarlo.

Así las cosas, en nuestro criterio, el párrafo primero del artículo 37 del Estatuto de Arbitraje se encuentra lejos de imponer arbitrariamente el arbitraje al llamado en garantía<sup>5</sup>, con los matices o excepciones a su aplicación que se efectuarán en acápites posteriores de este escrito, respecto de los eventos en los cuales el pacto arbitral, aunque se encuentre incorporado en el contrato garantizado, en manera alguna puede resultar vinculante para el garante.

Siguiendo esta línea argumentativa, mediante la Sentencia C-170 de 2014, que declaró exequible el párrafo primero del artículo 37 del Estatuto de Arbitraje, la Corte Constitucional señaló que la mencionada norma no vulnera el principio de habilitación, comoquiera que se entiende que el llamado en garantía, al suscribir un contrato de garantía respecto de otro que incorpora un pacto arbitral, “aceptó tácitamente que su obligación de garante podría exigirse en un proceso tramitado ante la jurisdicción arbitral”. En ese orden de ideas, en manera alguna la norma consagra una vinculación automática al pacto arbitral.

Finalmente, resulta relevante también mencionar que el artículo 37 indica que la existencia del pacto arbitral también podrá probarse, respecto del llamado en garantía, conforme a las reglas previstas en el párrafo del artículo 3 del Estatuto Arbitral<sup>6</sup>.

#### **D. Aplicación en el tiempo del párrafo primero del artículo 37 del Estatuto de Arbitraje**

Por otro lado, resulta pertinente analizar la aplicación en el tiempo del párrafo primero del artículo 37 del Estatuto de Arbitraje, la cual fue desarrollada por la Corte Constitucional mediante la ya mencionada Sentencia C-170 de 2014.

En dicha providencia se aseveró que, habida cuenta que en la legislación precedente (Ley 446 de 1998, artículo 12) no se establecía la regla según la cual quien hubiese garantizado el cum-

---

presamente su voluntad para adherirse a él. Al respecto, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2010; Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-057228, 2021.

<sup>5</sup> Sin embargo, ha de resaltarse que esta no ha sido una discusión pacífica. Al respecto, ver: Reyes (2017).

<sup>6</sup> Esta norma prevé lo siguiente: “Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”.

plimiento de las obligaciones derivadas de un contrato en el que se ha incorporado un pacto arbitral, queda vinculado a los efectos de este, el párrafo primero del artículo 37 del Estatuto Arbitral solamente puede resultar aplicable a los contratos de garantía suscritos en vigencia de dicha norma. En otras palabras, la disposición normativa en mención no resultaría aplicable a los contratos de garantía suscritos con anterioridad al 12 de octubre de 2012 (Estatuto Arbitral, artículo 119). Sin perjuicio de nuestro disenterir acerca de los argumentos esgrimidos por la Corte para arribar a esa conclusión, como se expondrá en las próximas líneas, esta postura resulta ser garantista para quienes a la fecha de entrada en vigencia de la norma ya hubiesen garantizado un contrato que incorporara un pacto arbitral.

Según la Corte, esta conclusión se deriva de la regla de la aplicación de los efectos generales en el tiempo de las normas jurídicas contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en virtud de la cual las normas surten efectos hacia el futuro, y los asuntos iniciados con sustento en una norma anterior seguirán tramitándose con base en ella.

Acerca de este particular resulta preciso manifestar que diferimos ostensiblemente de dicho argumento, comoquiera que las leyes procesales son de aplicación inmediata, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 624 del CGP. De conformidad con la regla de aplicación general inmediata de las normas procesales, una vez entra en vigencia la norma procesal, debe aplicarse de forma inmediata a todos los procesos en curso, prevaleciendo sobre la norma anterior (Sanabria, 2021).

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las normas regulatorias del arbitraje en Colombia tienen naturaleza procesal (Corte Constitucional, Sentencia C-974 de 2014; Sentencia C-538 de 2016; Sentencia C- 466 de 2020; Sentencia T-131 de 2021). Así las cosas, el párrafo primero del artículo 37 del Estatuto de Arbitraje, al ser una norma eminentemente procesal, debe regirse por la regla de la aplicación general inmediata de las normas procesales. En cuanto a la vigencia de la Ley 1563 de 2012, su artículo 119 dispone que solamente aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan con posterioridad a su entrada en vigencia, esto es, después del 12 de octubre de 2012.

En ese orden de ideas, conforme a las reglas de aplicación de la ley procesal en el tiempo, el párrafo primero del artículo 37 del Estatuto Arbitral debería aplicar a la totalidad de asuntos que se hubieren adelantado con posterioridad al 12 de octubre de 2012, sin atender a la fecha en la que se hubiere suscrito el contrato de garantía que sustente el llamamiento en garantía. Cosa distinta es que la Corte Constitucional quisiera aplicar un criterio más garantista para quienes a la fecha de entrada en vigencia de la norma ya hubiesen garantizado un contrato que incorporara un pacto arbitral.

En todo caso, resulta relevante indicar que según la misma Corte, las sentencias de constitucionalidad tienen carácter vinculante y obligatorio (Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2011). Así las cosas, la regla de aplicación en el tiempo del párrafo primero del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, incorporada en la sentencia C-170 de 2014, está siendo aplicada en la práctica arbitral colombiana.

## **II. ANÁLISIS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN LAS DISTINTAS ETAPAS PROCESALES PREVISTAS EN EL ESTATUTO ARBITRAL**

Habiendo expuesto las generalidades del llamamiento en garantía en el arbitraje, procederemos a estudiar el alcance y los límites del análisis que debe efectuar el tribunal arbitral frente a las distintas posibilidades de ocurrencia del llamamiento en garantía, en las distintas etapas del proceso arbitral.

En efecto, la regla general, o mejor, el supuesto de mayor ocurrencia del llamamiento en garantía, consiste en que alguna de las partes (principalmente el demandado) llame al proceso a un sujeto que se encuentre obligado a responder por la condena que eventualmente se imponga, ya sea con sustento en la ley o en un acuerdo de voluntades. Sin embargo, la legislación procesal civil, a la que refiere el Estatuto Arbitral, permite distintas posibilidades en las que puede presentarse el llamamiento en garantía (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de abril de 2018), que han generado en la práctica diferentes cuestionamientos en torno a la naturaleza, alcance y límites del estudio que debe efectuar el juzgador en las distintas etapas del proceso arbitral.

Para efectos de mayor claridad acerca del planteamiento anterior, veamos algunos de los ejemplos encontrados en la práctica arbitral que consideramos de mayor relevancia para este escrito:

- i) Quien ostenta la calidad de llamado en garantía (ya sea porque hubiese sido formulado por la parte activa o la parte pasiva), puede, sin lugar a dudas, llamar en garantía a un sujeto ajeno al proceso o a algún sujeto que ya ostente la calidad de parte en el proceso (Sañabria, 2021). Supongamos que en un proceso arbitral entre A (en calidad de convocante) y B, C y D (en calidad de convocados), B llama en garantía a C, con sustento en la relación jurídica sustancial existente entre ellos, y a su vez C llama en garantía a D.
- ii) Quien ostente la calidad de demandado en el proceso (o de demandado en reconvencción), sea a su vez llamado en garantía. Es decir, en el proceso un mismo sujeto ostentaría una doble calidad: la de demandado y la de llamado en garantía.

Para efectos ilustrativos, pensemos que en el proceso arbitral de A (en calidad de convocante) y B (en calidad de convocada), B formula demanda de reconvencción en contra de A y C. En el término de traslado de la demanda de reconvencción, C llama en garantía a B.

Acerca del particular resulta preciso anotar que el artículo 66 del CGP señala que no deberá notificarse personalmente el auto admisorio del llamamiento en garantía en el evento en el que sujeto que es llamado ya actúe en el proceso, ya sea en calidad de parte o como representante de alguna de ellas. La mencionada disposición normativa ha consagrado la denominada demanda de coparte, en virtud de la cual resulta plenamente posible que, quien ostente la calidad de demandado, llame en garantía a quien también figure como demandado en el proceso. Lo anterior, comoquiera que es completamente viable que uno de los demandados, en virtud de la relación sustancial que tenga con otro de ellos, se encuentre obligado a responder a otro de los demandados por la condena que eventualmente se le imponga (Rojas, 2017; López, 2019).

iii) El demandado que llamó en garantía, es a su vez llamado en garantía por el llamante inicial. Supongamos que en el proceso arbitral de A en contra de B, B llama en garantía a C, quien también llama en garantía a B<sup>7</sup>.

Como puede observarse, el llamamiento en garantía tiene distintas posibilidades de ocurrencia. No obstante, en lo que atañe al proceso arbitral, deben tenerse en cuenta ciertas particularidades en cuanto al análisis del llamamiento en garantía por parte del panel arbitral, cualquiera que se trate el escenario en el que se presente. En primera medida, no puede perderse de vista que el arbitraje se rige por el principio de habilitación, en virtud del cual es el acuerdo de voluntades para dirimir las controversias mediante arbitraje lo que permite a ciertos particulares investirse de la función pública de administrar justicia para casos concretos (Gil, 2017; López, 2021), abstrayendo para dichos eventos la competencia de los jueces y tribunales estatales (Corte Constitucional, Sentencia C - 294 de 1995; Sentencia C - 242 de 1997; Sentencia C - 163 de 1999; Sentencia C - 098 de 2001; Sentencia C - 170 de 2014; Sentencia C - 572A de 2014; Sentencia C - 466 de 2020). En ese orden de ideas, si bien existe la regla ya analizada, prevista en el parágrafo primero del artículo 37 del Estatuto Arbitral, esta no resulta aplicable a rajatabla y sin ningún tipo de análisis en todos los casos de llamamiento en garantía; por el contrario, el panel arbitral deberá estudiar la relación jurídico-sustancial existente entre el llamante y el llamado, así como

---

<sup>7</sup> Tal como aconteció en el proceso arbitral adelantado por Industrial Consulting Group S.A. e Industrial Consulting S.A.S. (Integrantes del Consorcio ICG-ICSAS) contra Refinería de Cartagena S.A. (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2019) y en el proceso arbitral iniciado por Construcciones Rubau S.A. Sucursal Colombia contra ALC The Icon S.A.S. (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2022).

la vinculatoriedad y aplicación del pacto arbitral que sustenta el arbitraje para dirimir las controversias surgidas entre ellos (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2009).

Así mismo, el proceso arbitral contempla unas etapas procesales específicas y distintas a las del proceso verbal previsto en el CGP, en las que el tribunal debe realizar este análisis, atendiendo justamente a la naturaleza jurídica propia de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Teniendo en cuenta lo anterior, en los acápites subsiguientes estudiaremos el alcance y los límites del análisis que debe efectuar el tribunal arbitral respecto al llamamiento en garantía, en las distintas etapas procesales del arbitraje.

### **A. Admisión del llamamiento en garantía: análisis meramente formal**

El artículo 65 del CGP al que, se reitera, refiere el Estatuto de Arbitraje, dispone que el escrito por medio del cual se formule el llamamiento en garantía debe cumplir con los mismos requisitos exigidos para el escrito de demanda, esto es, aquellos contemplados en los artículos 82 y siguientes de la codificación procesal, así como los previstos en la Ley 2213 de 2022.

En ese orden de ideas, presentado el llamamiento en garantía en la oportunidad procesal correspondiente, el administrador de justicia debe realizar un examen formal del mismo, con el propósito de admitirlo, inadmitirlo o rechazarlo<sup>8</sup>, con las consecuencias procesales que conlleva cada una de las opciones precedentes (CGP, 2012, artículo 90). Así las cosas, al momento de decidir sobre la admisión, inadmisión o rechazo del llamamiento en garantía, el juzgador debe realizar exclusivamente un examen del cumplimiento de los requisitos formales de la demanda (Corte Constitucional, Sentencia C-833 de 2002). Lo anterior, con el propósito de decidir si ha caducado el derecho objeto del litigio o hay falta de jurisdicción o de competencia, y en consecuencia, no debe dársele curso al llamamiento —rechazo de plano— (Sanabria, 2021); si el escrito del llamamiento en garantía adolece de defectos formales que pueden ser objeto de subsanación —inadmisión— (Sanabria, 2021); o si, por el contrario, el llamamiento en garantía fue presentado en cumplimiento de la totalidad de requisitos formales exigidos por la ley —admisión— (Rojas, 2017).

---

<sup>8</sup> López (2019) afirma que el llamamiento en garantía queda sometido a las mismas vicisitudes del escrito de demanda, como sigue: “(...) queda sometido a todas las vicisitudes predicables de dicho escrito tales como inadmisión, rechazo y reforma” (p. 76).

En cuanto al rechazo a la demanda, específicamente en lo relativo a la causal consistente en la falta de jurisdicción o de competencia (CGP, 2012, artículo 90, inciso segundo), resulta necesario cuestionarnos acerca de si esta resultaría la oportunidad procesal correspondiente para que el tribunal analice si resulta competente para conocer de la controversia sobre la que versa el llamamiento, o mejor, si en este momento del proceso el tribunal podría válidamente rechazar el llamamiento con sustento en que carece de competencia, ya sea *ratione personae* o *ratione materiae*, para conocer del litigio objeto del llamamiento en garantía.

La respuesta a este interrogante resulta ser negativa, habida cuenta que el Estatuto Arbitral ha previsto una oportunidad procesal diferente y posterior destinada al análisis de la competencia del tribunal arbitral, tanto de la controversia principal como la relacionada con el llamamiento en garantía, como se verá en acápites ulteriores de este escrito (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2019b; Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2019c).

De esta manera, en esta oportunidad procesal, esto es, al momento de decidir sobre la admisión, inadmisión o rechazo del llamamiento, no resulta dable que el tribunal arbitral adopte decisiones sustanciales (Corte Constitucional, Sentencia T-319 de 2017) respecto del llamamiento en garantía, incluidas decisiones relacionadas con su competencia para conocer de las pretensiones incoadas en el llamamiento o de su prosperidad, a pesar de ser la falta de competencia una causal de rechazo de la demanda, de conformidad con el artículo 90 del CGP. En ese sentido, se itera, el tribunal debe efectuar un análisis exclusivamente del cumplimiento de los requisitos formales que exige la ley respecto del llamamiento en garantía.

## **B. Análisis de la competencia del tribunal arbitral para conocer del llamamiento en garantía**

Uno de los requisitos para la procedencia del llamamiento en garantía, que se extracta del ya mencionado artículo 64 del CGP, consiste en que el juez que se encuentra conociendo la controversia debe resultar también competente para dirimir la controversia que surge en virtud del llamamiento en garantía (Rojas, 2017).

El artículo 29 del Estatuto de Arbitraje prevé uno de los principios rectores del arbitraje a nivel mundial (Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007; Sentencia T-1224 de 2008; Corte Constitucional; Auto 588 de 2016)<sup>9</sup>, denominado *Kompetenz-Kompetenz*. Dispone la mencionada norma que corresponde al mismo tribunal de arbitraje decidir sobre su propia competencia

---

<sup>9</sup> Ver también: Ghikas (2010).

para decidir de fondo el litigio, decisión que prevalecerá “(...) sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo”, salvo lo relativo al recurso de anulación<sup>10</sup>.

En ese orden de ideas, el principio *Kompetenz - Kompetenz* tiene dos efectos, a saber: i) uno positivo, relacionado con la facultad del tribunal para resolver sobre su propia competencia; y ii) uno negativo, que implica que le está vedado a los jueces estatales tomar decisiones relacionadas con la competencia de los árbitros (Roque y Ceballos, 2020), incluso en sede de tutela (Cárdenas, 2019; Tirado, 2020).

El referido principio tiene como propósito evitar la judicialización de la decisión sobre la competencia del tribunal, lo que desconocería abiertamente la voluntad de las partes de acudir al arbitraje para resolver las controversias y generaría obstáculos a la celeridad propia del proceso arbitral<sup>11</sup>.

Así las cosas, el artículo 30 del Estatuto de Arbitraje prevé que, en la primera audiencia de trámite, el tribunal arbitral “(...) resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición (...)”, decisión que deberá tomarse por unanimidad, comoquiera que quien salve su voto respecto de la competencia del tribunal, cesará inmediatamente en sus funciones, y será reemplazado de acuerdo con lo previsto en la ley. Lo anterior obedece a que si el árbitro que salvó el voto continuara en sus funciones, pondría en riesgo las determinaciones que adopte el tribunal en el laudo arbitral, comoquiera que se vería conminado a repetir su posición respecto de la falta de competencia al momento de que el panel arbitral profiera el fallo (Bejarano, 2017). En caso de que el tribunal decida que carece de competencia para conocer de las pretensiones, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para ese asunto en concreto (Bejarano, 2017).

En consecuencia, y como fue mencionado en antecedencia, es la primera audiencia de trámite la oportunidad procesal prevista para que el tribunal arbitral realice el análisis de fondo correspondiente para decidir sobre su propia competencia. Para llevar a cabo lo anterior, el panel arbitral

---

<sup>10</sup> De conformidad con el numeral 2 del artículo 41 del Estatuto Arbitral, es causal del recurso de anulación la falta de competencia del tribunal arbitral. Sin perjuicio de ello, resulta un requisito de procedencia para invocar esta causal haber interpuesto recurso de reposición en contra del auto en virtud del cual el tribunal hubiere asumido competencia.

<sup>11</sup> Sin embargo, hay quienes consideran inadecuada la prevalencia del tribunal para decidir sobre su propia competencia, dejando de lado la posibilidad de cuestionar esta decisión, incluso vía acción de tutela (Bejarano, 2017).

deberá estudiar su competencia en relación con las partes del llamamiento en garantía (*ratione personae*) y en relación con la materia sobre la que versa la controversia objeto del llamamiento (*ratione materiae*) (Gil, 2017). A continuación haremos algunas precisiones que reviste este análisis, en lo relacionado con el llamamiento en garantía.

1. Análisis de la competencia *ratione personae* del tribunal en relación con las partes del llamamiento en garantía

Con el propósito de resolver sobre su competencia, corresponde al panel arbitral absolver el siguiente interrogante: ¿Las partes del llamamiento en garantía, esto es, tanto el llamante como el llamado, habilitaron al tribunal arbitral para conocer de la controversia objeto del llamamiento? En ese orden de ideas, la competencia en razón de las personas, *ratione personae*, o también llamada arbitrabilidad subjetiva (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de agosto de 2020), implica un análisis por parte de los árbitros de la oponibilidad de los efectos del pacto arbitral (Centeno et al., 2017), en el caso que nos concierne, frente a las partes del llamamiento en garantía.

En primera medida, resulta pertinente hacer referencia a otro de los principios fundamentales del arbitraje, consistente en la habilitación. En efecto, la autonomía de la voluntad de las partes es una pieza toral del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, comoquiera que, sumado a la autorización expresa de este mecanismo por la ley y la Constitución Política colombiana, es el acuerdo de voluntades para dirimir las controversias mediante arbitraje lo que permite a ciertos particulares investirse de la función pública de administrar justicia para casos concretos (Corte Constitucional, Sentencia C - 294 de 1995; Sentencia C - 163 de 1999; Sentencia C - 098 de 2001; Sentencia C - 572A de 2014; Sentencia C - 294 de 2021), abstrayendo para dichos eventos la competencia de los jueces y tribunales estatales<sup>12</sup>.

Ahora bien, el análisis en torno a la arbitrabilidad subjetiva (Obregón, 2019) se deriva del origen contractual del pacto arbitral<sup>13</sup>. Si se atiende a la génesis del pacto arbitral, esto es, al acuerdo de voluntades, a dicho negocio jurídico le resulta aplicable el principio de la relatividad de los contratos (*res inter alios acta*) (Código Civil, 1887, artículo 1602), conforme al cual los contratos re-

---

<sup>12</sup> Tan así es, que de presentarse una demanda que conforme a un pacto arbitral sería conocimiento de los árbitros, la parte demandada podrá interponer la excepción previa de cláusula compromisoria o compromiso (Código General del Proceso, 2012, artículo 100), con el propósito de que se dé por terminado en proceso y sean los árbitros los que decidan sobre su propia competencia, conforme al principio *kompetenz - kompetenz*.

<sup>13</sup> En nuestro criterio, la naturaleza jurídica del pacto arbitral es híbrida: si bien este tiene un origen contractual, sus efectos se surten en la esfera procesal (Brito, 2019).



sultan oponibles solamente para quienes concurren a celebrarlos (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de agosto de 2018). Sin perjuicio de lo anterior, dicho principio se ha morigerado en el arbitraje en algunos eventos en los cuales, si bien el sujeto no ha suscrito directamente el pacto arbitral, sí se ve cobijado por sus efectos. Ejemplo de lo anterior resulta ser el supuesto previsto en el párrafo primero del artículo 37 del Estatuto Arbitral, ya analizado en acápites anteriores.

En ese orden de ideas, corresponde al tribunal verificar lo siguiente:

- i) Que en el contrato o documento que regule la relación jurídica entre el llamado y el llamante se encuentre incorporada una cláusula compromisoria; o que estos hubieren celebrado un compromiso para el conocimiento de dicha controversia en específico (Consejo de Estado, Sentencia del 7 de marzo de 2012).

En este evento, el panel arbitral deberá corroborar que dicho pacto arbitral no resulte incompatible con el que sea sustento de la controversia principal. En caso de que sea incompatible, el tribunal arbitral no tendrá competencia para conocer del llamamiento en garantía.

- ii) Que no encontrándose vinculado por pacto arbitral alguno, el llamado en garantía manifieste de forma expresa adherirse al pacto arbitral que sustenta la controversia principal.
- iii) Que el llamante en garantía hubiere invocado la existencia del pacto arbitral en los términos del párrafo del artículo 3 del Estatuto Arbitral, y el llamado en garantía en el término de traslado del mismo no hubiere negado expresamente su existencia (Estatuto Arbitral, 2012, artículo 37). En este caso, y de acuerdo con la norma en mención, se entenderá válidamente probada la existencia, y desde luego, vinculatoriedad, del pacto arbitral.
- iv) Que el llamado en garantía se encuentre vinculado a los efectos del pacto arbitral que sustenta la controversia principal, al ser parte de un contrato que garantiza el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato que incorpora el pacto arbitral, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 37 del Estatuto de Arbitraje.

Respecto de la última de las alternativas planteadas, y sin perjuicio de los interrogantes planteados en acápites anteriores de este escrito, resulta preciso mencionar que en la práctica pueden presentarse situaciones que impiden que la regla contenida en el párrafo primero del artículo 37 del Estatuto de Arbitraje se aplique en toda su estrictez, a pesar de que el llamamiento en garantía tenga como fundamento un contrato de garantía. Veremos a continuación los que consideramos de mayor relevancia.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la razón detrás de la regla incorporada en el párrafo primero del artículo 37 del Estatuto Arbitral consiste en que el llamado en garantía, al

garantizar un contrato en el que se incluyó una cláusula compromisoria, “(...) aceptó tácitamente que su obligación de garante podría exigirse en un proceso tramitado ante la jurisdicción arbitral”. En otras palabras, se parte del presupuesto de que el llamado en garantía conocía de la existencia del pacto arbitral en el contrato que garantizó, y en consecuencia, lo aceptó tácitamente.

Partiendo de lo anterior, piénsese en el evento en el que la habilitación de los árbitros respecto de la controversia principal se hubiese derivado de la aplicación del denominado pacto arbitral ficto, consagrado en el parágrafo del artículo 3 del Estatuto Arbitral, y que una de las partes hubiere llamado en garantía a otro sujeto que garantizó el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato objeto de la controversia principal.

Vale la pena en este punto anotar qué se ha denominado pacto arbitral ficto o implícito. En virtud del parágrafo del artículo 3 del Estatuto Arbitral, el requisito consistente en que el pacto arbitral conste por escrito dejó de ser una formalidad que determine la existencia del pacto arbitral y se convirtió en un requisito probatorio (Gil, 2017; Sanabria, 2021), comoquiera que la norma en mención consagra la posibilidad de que la existencia del pacto arbitral se tenga por probada en el evento en el que una de las partes manifieste su existencia y la otra no la niegue expresamente.

En el evento planteado, salta a la vista que el llamado en garantía en manera alguna garantizó las obligaciones de un contrato que incorporara un pacto arbitral, razón por la cual no podría verse vinculado por el mismo en los términos del parágrafo primero del artículo 37 del Estatuto Arbitral.

Ahora piénsese en el supuesto en el que la habilitación del tribunal arbitral se hubiere originado en la celebración de un compromiso (Estatuto Arbitral, 2012, artículo 6) entre las partes. Habida cuenta que el compromiso se celebra una vez el conflicto haya surgido (Corte Constitucional, Sentencia T-511 de 2011), resulta evidente que el llamado en garantía tampoco garantizó las obligaciones de un contrato que contuviera una cláusula compromisoria, y en consecuencia, no puede exigírsele razonablemente haber conocido de la existencia de este (Reyes, 2017).

Por otro lado, supóngase que en el contrato garantizado no se incluyó pacto arbitral, sin embargo, este fue incorporado posteriormente mediante un otrosí, de cuya celebración no fue informado el garante, debido a su alcance. En este supuesto resulta evidente que a pesar de que el contrato garantizado sí contiene una cláusula compromisoria, y de que el llamado en garantía se obligó a garantizar las obligaciones derivadas de dicho contrato, no tenía conocimiento del pacto arbitral, razón por la cual en manera alguna puede resultarle oponible. Idéntico análisis

aplicaría al evento en el que se trate de un pacto arbitral por referencia (Gil, 2017), esto es, aquel que se incorpore en un documento separado del contrato pero que refiera inequívocamente a él (Gil, 2017).

Como puede observarse en los casos mencionados, a pesar de tratarse de un llamado que suscribió un contrato de garantía, no podría resultar aplicable el parágrafo primero del artículo 37 del Estatuto Arbitral, habida cuenta que no se presenta el presupuesto para su aplicación, consistente en que el llamado en garantía conociera de la existencia del pacto arbitral.

## 2. Análisis de la competencia *ratione materiae* del tribunal en relación con las pretensiones del llamamiento en garantía

La competencia *ratione materiae* o arbitrabilidad objetiva responde a la siguiente pregunta: de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable, ¿los árbitros pueden decidir válidamente la materia sobre la cual versa el llamamiento en garantía? (Corte Constitucional, Sentencia SU 174 de 2007) o si, por el contrario, ¿existe alguna prohibición para que los árbitros conozcan de dicha controversia? (Brito, 2019). En ese orden de ideas, y en el caso que nos concierne, corresponde al análisis que debe efectuar el tribunal respecto de si está vedado por la ley someter a arbitraje la decisión sobre las pretensiones que hayan sido formuladas en el llamamiento en garantía.

En efecto, el arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, tiene linderos en cuanto a su materia, comoquiera que si bien los árbitros administran justicia en nombre del Estado (Constitución Política, 1991, artículo 116), no todos los asuntos pueden ser dirimidos mediante arbitraje (Restrepo, 2014; Naizir, 2019).

De conformidad con el artículo 1º del Estatuto de Arbitraje, pueden someterse a este mecanismo alternativo de solución de conflictos las controversias que versen sobre materias de libre disposición, esto es, que puedan ser objeto de negociación o renuncia por las partes (Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001), o aquellas que autorice la ley (Bejarano, 2017).

En ese orden de ideas, jurisprudencialmente se han decantado algunas de las materias que no pueden someterse al conocimiento de los árbitros, y en consecuencia, no resultan arbitrables. Tal es el caso de las controversias relacionadas con el estado civil de las personas (Corte Constitucional, Sentencia C - 242 de 1997), los asuntos relativos a los derechos de los incapaces (Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 1995), los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores (Corte Constitucional, Sentencia C-330 de 2000), la legalidad de los actos administrativos de carácter contractual proferidos por la administración en ejercicio de sus poderes excepcionales (León, 2018), entre otros. Desde luego, los asuntos que anteceden se indican únicamente a manera de ejemplo, por exceder el objeto del presente escrito.

### C. Análisis de fondo o sustancial del llamamiento en garantía

Habiendo el tribunal arbitral admitido el llamamiento en garantía, y a su vez habiéndose declarado competente para resolver sobre las pretensiones objeto del mismo, los árbitros podrán proceder a analizar de fondo el llamamiento. Surtidas las etapas procesales respectivas, esto es, la etapa probatoria (Estatuto Arbitral, 2012, artículo 31), que les permite a los juzgadores encontrar o no acreditados los hechos en los que se sustentan las pretensiones, y la etapa de alegaciones (Estatuto Arbitral, 2012, artículo 33), el tribunal arbitral procederá a emitir laudo arbitral que ponga fin a la controversia. En ese orden de ideas, el tribunal arbitral deberá esperar hasta el laudo para decidir sobre la prosperidad de las pretensiones formuladas en contra del llamado en garantía.

Teniendo en cuenta el caso que nos ocupa, el panel arbitral analizará en primera medida las pretensiones de la demanda, y únicamente en caso de que estas prosperen, decidirá sobre la relación litigiosa relacionada con el llamado en garantía. Lo anterior, comoquiera que en caso de que las pretensiones de la demanda no prosperen, y en consecuencia, el demandado no sea condenado, evidentemente no existirá necesidad de que los árbitros decidan si el llamado en garantía debe responder por las pretensiones formuladas en su contra (Sanabria, 2021).

Veamos un ejemplo. Supongamos que A interpone demanda arbitral en contra de B, y esta, con sustento en un contrato de seguro, llama en garantía a C. A su vez, C (aseguradora) llama en garantía a B con sustento en que, en caso de ser condenada, se subrogaría por ministerio de la ley en los derechos de A en contra de B<sup>14</sup>.

En el caso planteado, de conformidad con el artículo 1096 del Código de Comercio y el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para que opere la figura de la subrogación se requiere que la aseguradora realice de forma efectiva el pago del seguro, circunstancia que ocurriría solamente hasta que se profiriera un laudo en el que se condene a C (llamado en garantía). Así las cosas, en el ejemplo planteado, C no estaría legitimado en la causa para subrogarse en los derechos de A en contra de B (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 7 de septiembre de 2020)<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Similar supuesto de hecho al planteado en el ejemplo aconteció en el proceso arbitral culminado mediante laudo arbitral del 7 de abril de 2017 (Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín).

<sup>15</sup> Ver también: López (2010); Correa (2015).

Sin embargo, este es un asunto que no deberá abordar el tribunal al momento de admitir el llamamiento, ni en la oportunidad para declararse competente para conocer del llamamiento en garantía, sino que procederá realizar este análisis al momento de proferir el laudo arbitral. Lo anterior, sin perjuicio de que el tribunal evalúe la pertinencia de proferir un laudo anticipado, en los términos del artículo 278 del CGP.

## CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo manifestado de forma crítica a lo largo del escrito, se formulan las siguientes conclusiones:

PRIMERA. De conformidad con la legislación procesal civil, a la que remite expresamente el artículo 37 del Estatuto Arbitral, el llamamiento en garantía tiene diferentes alternativas o formas de ocurrencia, distintas a que simplemente el demandante o el demandado llamen al proceso a un sujeto ajeno al trámite.

SEGUNDA. Toda vez que el proceso arbitral i) prevé etapas procesales acordes con su naturaleza jurídica, distintas a las del proceso verbal del CGP; y ii) se rige por el principio de habilitación, el análisis que debe efectuar el panel arbitral del llamamiento en garantía es de una naturaleza y alcance distintos en cada una de las oportunidades consagradas en el Estatuto de Arbitraje.

TERCERA. Las etapas procesales en las que el tribunal arbitral debe analizar el llamamiento en garantía son las siguientes: i) su admisión, inadmisión o rechazo; ii) la decisión sobre la competencia del tribunal para conocer de este; y iii) el análisis de fondo del llamamiento que se efectúa al momento de dictar laudo arbitral.

CUARTA. En la etapa de admisión del llamamiento en garantía, el tribunal arbitral debe limitarse al análisis del cumplimiento de los requisitos formales de la demanda. En ese orden de ideas, y en particular en lo que respecta a la causal de rechazo, consistente en la falta de competencia, consagrada en el artículo 90 del CGP, debe resaltarse que no resulta posible para el panel emitir decisiones en esta etapa procesal acerca de su competencia para conocer del llamamiento, comoquiera que el Estatuto Arbitral contempla un momento distinto para tales efectos.

QUINTA. En la primera audiencia de trámite corresponde al tribunal arbitral decidir acerca de su propia competencia, tanto en relación con las personas como en relación con la materia sobre la cual versan las pretensiones. En cuanto a la competencia *ratione personae*, el panel debe analizar si las partes del llamamiento en garantía habilitaron al tribunal para conocer de aquel, teniendo en cuenta las distintas alternativas en virtud de las que el llamado en garantía pudo o

no haber habilitado al tribunal, o pudo resultar vinculado o no por el pacto arbitral que sustenta la controversia principal, analizadas con suficiencia en el presente escrito.

En lo relativo a la competencia *ratione materiae*, el tribunal debe verificar si existe alguna prohibición para que los árbitros conozcan de la materia objeto de las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía.

SEXTA. Finalmente, el análisis de fondo del llamamiento en garantía lo efectuará el tribunal arbitral en el laudo, una vez surtida la etapa probatoria y la etapa de alegaciones.

## REFERENCIAS

### Doctrina

- Bejarano, R. (2017). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Temis.
- Brito, L. (2019). *El Acuerdo de Arbitraje. Los sujetos no signatarios en los contratos coligados*. Universidad Externado de Colombia.
- Cárdenas, J. (2019). *Módulo arbitraje nacional e internacional*. Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio.
- Centeno, V et al. (2017). Falta de competencia del tribunal arbitral como causal de nulidad del laudo. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 9, 253-271. doi: <https://doi.org/10.36649/rea909>
- Correa, G. (2015). Prohibición al asegurado de reconocer su responsabilidad y realizar acuerdos con terceros en el seguro de responsabilidad civil. *Revista Iberoamericana de Seguros*, 43, 123-158. doi: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris43.parr>
- Echandía, D. (1962). *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Temis.
- Echandía, D. (2009). *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*. Temis.
- Echandía, D. (2015). *Teoría General del Proceso. Reimpresión*. Temis.
- Gil, J. (2017). *Régimen arbitral colombiano. Parte General*. Ibáñez.
- Ghikas, G. (2010). Kompetenz-Kompetenz: A principle of law or an agreement? *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 14VJ, 129
- León, M. (2018). *Arbitraje de actos administrativos contractuales*. Universidad Externado de Colombia.
- López, H. (2010). *Comentarios al Contrato de Seguro*. Dupré Editores.
- López, H. (2019). *Código General del Proceso*. Dupré Editores.
- López, F. (2021). *Arbitraje en el Derecho Colombiano*. Ibáñez.

- Naizir, J. (2019). Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho? *Universitas*<sup>o</sup> 139, . doi: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj139.aoqp>
- Obregón, S. (2019). La arbitrabilidad subjetiva en el contrato de fiducia en Colombia. *Estudios Socio Jurídicos*, 21(1), , 177-207. doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6780>
- Reyes, C. (2017). El llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia: ¿arbitraje obligatorio o voluntario? *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 17 (33), 39-58. doi: <https://doi.org/10.22518/16578953.898>
- Restrepo, D. (2014). La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje. *EAFIT Journal of Law*, 5-1, 63-80.
- Rojas, M. (2017). *Lecciones de Derecho Procesal*. Esaju.
- Roque, J. y Ceballos, N. (2020). El Principio Kompetenz-Kompetenz, revisitado a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional Argentina. *Thémis Revista de Derecho*, 77, 15-34. doi: <https://doi.org/10.18800/themis.202001.001>
- Sanabria, H. (2021). *Derecho Procesal Civil General*. 2021.
- Tirado, J. (2020). Tutela contra laudos arbitrales, tensión entre la justicia arbitral y la protección de derechos fundamentales. En M. Malagón y C. Moreno (Coords.), *Problemas actuales del derecho administrativo* (pp. 187-221). Universidad de los Andes.

### **Jurisprudencia**

- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C - 294. M.P. Jorge Arango.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia C - 242. M.P. Hernando Herrera.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia C-163. M.P. Alejandro Martínez.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C - 330. M.P. Carlos Gaviria.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C - 098. M.P. Martha SÁCHICA.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C- 833 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia SU-174. M.P. Manuel Cepeda.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia T-1224. M.P. Manuel Cepeda.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-014. M.P. Mauricio González.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-511. M.P. Jorge Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C-816. M.P. Mauricio González.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2012. C.P. Mauricio Fajardo. Radicado 76001-23-31-000-1997-04862-01(18013).
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia C-170. M.P. Alberto Rojas.

- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia C-572a. M.P. Mauricio González.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia C-974. M.P. Gloria Ortiz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-538. M.P. Luis Vargas.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Auto 588. M.P. Aquiles Arrieta.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-319. M.P. Luis Guerrero.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de abril de 2018. M.P. Margarita Cabello. Radicado 13001-31-03-004-2000-00556-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2018. M.P. Ariel Salazar. Radicado 05001-31-03-010-2011-00338-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 2020. M.P. Luis Tolosa. Radicado 11001-22-03-000-2020-00879-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de septiembre de 2020. M.P. Luis Tolosa. Radicado 11001-31-03-013-2011-00079-01.
- Corte Constitucional de Colombia. (2020). Sentencia C-466. M.P. Cristina Pardo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2021). Sentencia T-131. M.P. Cristina Pardo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2021). Sentencia C-294. M.P. Cristina Pardo.

### **Legislación**

- República de Colombia. (1887). Ley 153, *por la cual se adicionan y reforman los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la Ley 57 de 1887.*
- República de Colombia. (1887). Ley 57, Código Civil colombiano.
- Presidencia de la República. (1971). Decreto 410 de 1971, Código de Comercio colombiano.
- Presidencia de la República. (993). Decreto 663, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
- República de Colombia. (1998). Ley 446, *por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.*
- República de Colombia. (2012). Ley 1563, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano.
- República de Colombia. (2012). Ley 1564, Código General del Proceso colombiano.



República de Colombia. (2022). Ley 2213, *por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones.*

### **Laudos arbitrales y pronunciamientos de autoridades administrativas**

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2009). Laudo arbitral de José Prudencio Padilla - En Liquidación c. Fiduciaria Popular.

Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín (2017). Laudo arbitral de Caja de Compensación Familiar Camacol c. Ajustec Ingeniería Ltda. y Allianz Seguros S.A.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2019). Laudo arbitral de Constructora Ariguaní S.A.S. c. Conalvías Construcciones S.A.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2019). Laudo arbitral de Atina Energy Services Corp Sucursal Colombia c. Liberty Seguros S.A. y Total Petroleum Services S.A.S.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2019). Laudo arbitral de Industrial Consulting Group S.A. e Industrial Consulting S.A.S. (Integrantes del Consorcio ICG-ICSAS) c. Refinería de Cartagena S.A.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2020). Laudo Arbitral de Bayport Colombia S.A. c. Forenses Plus S.A.S. y Proforenses S.A.S.

Superintendencia de Sociedades (2021). Oficio 220-057228 del 13 de mayo de 2021.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2022). Laudo arbitral de Construcciones Rubau S.A. Sucursal Colombia c. ALC The Icon S.A.S.