

GEA SAS
GRUPO EDITORIAL

REVISTA ACADEMOS

ISSN: 2745-0007

<http://grupoeditorialgea.com/>

 Grupo editorial GEA SAS



SOCIEDAD Y CIENCIAS APLICADAS



REVISTA
ACADEMOS



Revista Academos Sociedad y Ciencias Aplicadas. Publicación dirigida a la comunidad científica y académica vinculada a las ciencias aplicadas, las ciencias sociales (derecho y otras ciencias interdisciplinarias) y humanidades (filosofía y ética).

**Revista Academos ISSN:
Revista arbitrada -**

Vol. 1/ Número 1/ Edición
Enero-junio 2020/ Neiva-
Huila/ Revista Semestral

GEA SAS
GRUPO EDITORIAL

REVISTA ACADEMOS

Revista Academos Sociedad y Ciencias Aplicadas.

Publicación dirigida a la comunidad científica y académica vinculada a las ciencias aplicadas, las ciencias sociales (derecho y otras ciencias interdisciplinarias) y humanidades (filosofía y ética).

Revista Academos ISSN: 2745-007

EDITOR

Carlos Arturo Hernández

COMITÉ CIENTÍFICO

Wilson Yovanny Merino Sánchez (PhD) Universidad de la cuenca (Ecuador)

Patricia Brito (PhD) Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina)

Alejandro Robledo Rodríguez (PhD) Universidad de Los Andes Chile (Chile)

Misael Tirado Acero (PhD)

David García Vanegas (PhD) Universidad Libre (Colombia)

César Oliveros Aya (PhD) Universidad Militar Nueva Granada (Colombia)

ÁRBITROS

Misael Tirado Acero (PhD), Cesar Oliveros Aya (PhD), David Garcia Vanegas (PhD), Libia Patricia Pérez Quimbaya (PhD), Jorge Fabian Villalba (Mg), Hugo Daniel Ortiz Vanegas (Mg), Fredy Humberto Rodriguez (Mg), Ovidio Delgado Mahecha (Mg.), Javier Francisco Franco Mongua (Mg.), David Mendoza Beltran (Mg.), Alejandro Marcelo Lopez Soto (Mg.), Luis Alberto Torres Tarazona (Mg.)

ÁRBITROS DE MEDICINA

Nelson Pedraza (médico y especialista en cirugía general), Linda Estefany Esquivel Ortiz (Pediatra Usco).

Gerente Grupo Editorial GEA SAS

Norma Castro Manrique

REVISTA ACADEMOS SOCIEDAD Y CIENCIAS APLICADAS

<http://grupoeditorialgea.com/>

Vol. 1 - No. 1 – Enero-junio de 2020

Periodicidad: Semestral

Neiva-Huila, Colombia. Calle 7 N° 6-58 Of 104

Suscripción, canje y envío de artículos: grupoeditorialgea@gmail.com

Editor Carlos Arturo Hernández. Docente e investigador Asociado fuac. Líder grupo de investigación Opus Iuris. grupoeditorialgea@gmail.com

Contenido

¿Necesitamos Revistas Indexadas?.....	7
DERECHOS DEL SUMAK KAWSAY O BUEN VIVIR y SUMA QAMAÑA o VIVIR BIEN EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN	10
RESUMEN	10
ABSTRACT.....	11
INTRODUCCIÓN.....	11
1.- Derechos del Buen Vivir en la Constitución ecuatoriana en.....	14
Relación con la Constitución Boliviana.-	14
1.2.- El componente Axiológico de las Ciencias que estudian a la.....	18
Naturaleza.-.....	18
6) ZAFFARONI. Raúl. La Naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. Ed. Abya Ayala. Quito, 2011, p.76.	19
2.- La nueva conceptualización constitucional del Buen Vivir.-	19
2.1.- El componente Interculturalidad y Plurinacionalidad en las	20
Constituciones Latinoamericanas.-	20
Discusión sobre los conceptos “vulnerabilidad” y “consentimiento” en el Protocolo de Palermo.....	26
Consideraciones críticas al querellante en el Código de Procedimiento Penal de Córdoba	38
A CASI CIENTO AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DENTRO DEL CONTEXTO DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO	59
LA MIMESIS DEL IUS COGENS EN EL CINE BÉLICO	70
CONCLUSIONES.....	77
BIBLIOGRAFÍA.....	78
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ¿DECADENCIA O AUGE?	79
RESUMEN	79
Palabras clave.....	79
Abstract	79
Key words.....	79
INTRODUCCIÓN.....	80
1. CONCEPCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	80
2. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO SUBJETIVO	89
3. LOS LIMITES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA.....	92
CONCLUSIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	98

LA GARANTÍA DE NO REPETICIÓN EN LOS ACUERDOS DE LA HABANA: ANALISIS DESDE LA REALIDAD FACTICA.....	101
Noción de la garantía de no repetición.....	103
Antecedentes Internacionales:	103
La garantía de no repetición en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	103
La garantía de no repetición en Naciones Unidas:	106
La garantía de no repetición en el Derecho Internacional:	107
La no repetición en el contexto colombiano	107
La Garantía de no repetición en la Unidad de Víctimas.....	107
La garantía de no repetición en la Sentencia C-370 de 2006.....	108
La Garantía de no repetición en la ley 975 de 2005.....	109
La no repetición en el marco de las guerrillas colombianas	109
Diagnóstico y desarrollo del concepto de no repetición en las sentencias de justicia y paz.....	110
La garantía de no repetición en los Acuerdos de Paz, suscritos entre el Estado Colombiano y las FARC-EP.....	111
Perspectiva de la no repetición.....	112
Conclusiones	113
BLIBLIOGRAFIA	114
MEDIO AMBIENTE Y DERECHO UN CONFLICTO	116
INTRODUCCION.....	116
INMERSOS EN EL CAOS.....	117
¡AHORA ES CUANDO!.....	120
Referencias.....	122
Apendicitis aguda en paciente gestante ¿Cómo diagnosticarla?	2
INTRODUCCIÓN.....	2
METODOLOGIA:	126
DEFINICIONES.....	126
DIAGNÓSTICO	128
REFERENCIAS	137
PROGERIA: EL SÍNDROME DEL NIÑO ANCIANO	139
RESUMEN.....	139
PALABRAS CLAVES:.....	139
ABSTRACT.....	139
KEY WORDS:	140
INTRODUCCIÓN.....	140

ESTADÍSTICA Y HERENCIA.....	140
CLÍNICA.....	142
DIAGNÓSTICO.....	143
TRATAMIENTO	144
CONCLUSIONES.....	146
BIBLIOGRAFÍA.....	147
RESUMEN	150
PALABRAS CLAVES.....	151
ABSTRACT.....	151
KEY WORDS	152
INTRODUCCIÓN.....	152
TEMAS SOBRE LOS CUALES EXISTEN SENTENCIAS TIPO E.C.I	157
ECI COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	161
LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MODELO DE RESOLUCIÓN DE CASOS CONCRETOS Y CASOS ESTRUCTURALES Y COMO A PARTIR DE ELLOS LA TUTELA SIRVE PARA RESOLVER CASOS ESTRUCTURALES.....	161
4.1. DISTINCIONES ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO CONFORME AL DERECHO PROCESAL	161
4.3. ACTOS Y AUDIENCIAS DE SEGUIMIENTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA TIPO ECI	164
¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES A LOS QUE SE ENFRENTA LAS TUTELAS TIPO ECI?	168
.....	168
CONCLUSIONES.....	169
BIBLIOGRAFÍA.....	170

¿Necesitamos Revistas Indexadas?

Carlos Arturo Hernández

Hoy en día los estudiantes cuentan con una amplia gama de fuentes de conocimiento disponibles en diferentes idiomas y al alcance de la mano, pero pocas son las ganas de adquirir un libro, asistir a la biblioteca o consultar en internet, por el simple gusto de aprender.

La mayoría de los estudiantes hacen una consulta mínima con un mínimo esfuerzo para escribir o leer solo por cumplir una obligación, entregar un trabajo o suplir una necesidad básica. Desaprovechando la abundancia de conocimiento que reposa en cada libro escrito, afectando de manera directa la escritura coherente y enriquecedora.

Richard Arum en el “*IV Seminario Internacional de Investigación en Calidad de la Educación*” en su ponencia explicó como al hacer un estudio sobre la lectura que realizan los estudiantes universitarios se evidencia que “*el 32 % de ellos no toman cursos semestrales con más de 40 páginas de lectura asignadas por semana; además, la mitad no toman ningún curso que implique escribir más de 20 páginas a lo largo del semestre*”¹.

En Colombia, la falta de estrategias motivacionales está haciendo que la apatía de leer y escribir sea cada vez más grande, en los colegios públicos, y en algunos privados, el bilingüismo no es una prioridad y a los estudiantes no se les

¹ Expertos analizan por qué estudiantes en Colombia no tienen hábitos de lectura publicado en Periódico el País, 1 de diciembre de 2013, <https://www.elpais.com.co/cal/expertos-analizan->

[por-que-estudiantes-en-colombia-no-tienen-habitos-de-lectura.html](#) (consultado el 29 de agosto de 2018).

enseña la importancia de aprender una segunda lengua. El centro de análisis de Diálogo Interamericano al realizar un estudio sobre los niveles de inglés en Latinoamérica concluyó que “...como región se encuentra por debajo de los niveles mundiales evaluados en el reporte del Índice del Nivel de Inglés de Education First (EF EPI 2016)”². “Así mismo este estudio señala que “Colombia está en el último lugar de todos los países que tienen desarrollar textos de mayor nivel académico como son los que se leen y escriben en la universidad”. Al parecer los estudiantes estarían cursando su bachillerato sin bases sólidas fundamentales de lecto-escritura, haciendo que las universidades tengan que cubrir estas falencias.

Necesitamos fomentar la lectura, la escritura de nuestros académicos tanto a nivel regional como nacional, es hora de continuar con los espacios en los que podamos seguir difundiendo nuestros conocimientos.

Este espacio de nuestra Revista Academos Sociedad y Ciencias Aplicadas en esta ocasión el número 1 de enero – junio

2 Colombia y su preocupante nivel de inglés, Revista Semana, 10 de abril de 2017, <https://www.semana.com/educacion/articulo/bilinguismo-nivel-de-ingles-en-colombia/542736>, (consultado 29 de agosto de 2016)

3 Colombia, rezagada en inglés por falta de profesores capacitados, El Tiempo, 3 de octubre de

nivel bajo”³. También La Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad de la Sabana realizó una investigación y concluyó que “... en la educación media los alumnos no desarrollan las habilidades lingüísticas necesarias que les permiten tener un conocimiento básico en el manejo de la lengua española, razón por la cual no pueden

de 2020 contiene aportes interesantes de los siguientes profesores Jorge Enrique Mármol Palacios, de la Universidad de Guayaquil –Ecuador nos ofrece el texto Derechos del sumak kawsay o buen vivir y suma qamaña o vivir bien en el contexto de la globalización, la Profesora Patricia Britos, de la Universidad Nacional de Mar del Plata nos entrega el texto *Discusión sobre los conceptos “vulnerabilidad” y “consentimiento” en el Protocolo de Palermo*, la Profesora Mariela Zanetta Magi de la Universidad Católica de Córdoba nos entrega el texto *Consideraciones críticas al querrelante en el Código de Procedimiento Penal de Córdoba*, Los profesores Miguel Ángel Rodríguez Vázquez y Edgar Alán Arroyo Cisneros de la Universidad Juárez del Estado de Durango, presenta para este número *A casi cien años de la Constitución Mexicana dentro del contexto del constitucionalismo latinoamericano*, con esto pago una deuda que tengo con ellos, El profesor César Oliveros Aya, de la

2017, <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/nivel-de-conocimiento-de-ingles-en-colombia-y-america-latina-137536>, (consultado el 29 de agosto de 2016)

Universidad Militar nueva Granada, publica *La mimesis del ius cogens en el cine bélico*, La profesora Luz Karime Angel dela Universidad La Granb Colombia publica el texto *Autonomía de la voluntad ¿decadencia o auge?* La profesora Beatriz Cuervo Criaes de la Universidad Autónoma de Colombia, publica un interesante artículo titulado *La garantía de no repetición en los acuerdos de la habana: análisis desde la realidad fáctica*, los profesores Carlos Arturo Hernández y Kely Marcela Salazar Figueroa publican una reflexión titulada *Medio ambiente y derecho un conflicto*, los

médicos José Joaquín Ortiz Vanegas, Jeimy Johana Herrera Ochoa y Joseph David Márquez Parra nos entregan el artículo *Apendicitis aguda en paciente gestante ¿Cómo diagnosticarla?* (Miembros de la asociación colombiana de cirugía, Departamento de cirugía general Hospital la Victoria). Daniela Valentina Lizarazo Nivia, perteneciente al Departamento de pediatría del Hospital de Suba, publica el texto *Progeria: El Síndrome del niño anciano*, Hugo Daniel Ortiz Vanegas, doctor honoris causa Universidad autónoma Ica, publica *Análisis del Estado de cosas inconstitucionales desde el punto de vista procesal*.

DERECHOS DEL SUMAK KAWSAY O BUEN VIVIR y SUMA QAMAÑA o VIVIR BIEN EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN⁴

JORGE ENRIQUE MÁRMOL PALACIOS⁵

Universidad de Guayaquil Ecuador

enriquemarmolpalacios@yahoo.com

RESUMEN

La expresión “derechos de la naturaleza”, no es igual a “derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, ya que éste es

un derecho humano; son derechos antropocéntricos debido a que los seres humanos son los que tienen derecho a vivir en

Fecha de recepción: 26 de enero de 2020

Fecha de aceptación: 28 de febrero de 2020

⁴ Artículo Resultado de investigación del proyecto financiado por la Universidad de Guayaquil Ecuador

⁵ Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Guayaquil, donde es catedrático de Derechos Humanos, Derecho Ambiental, Filosofía del Derecho y Práctica Constitucional, así como de las Maestrías en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales; y Educación Superior. También impartió la cátedra de Derecho Ambiental, Universidad Central, Quito (2006-2007). Ha realizado sus pasantías en la Universidad de Derecho de la Universidad de Chile, 1995; en la Fundación Getulio Vargas en Derecho Internacional, Comisión de la OEA Río de Janeiro-Brasil (1995), en la ONU New York, 3era. Comisión de Derechos Humanos (2001); OEA Washington (2001); Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional (2006). Posee Maestrías en Gerencia de Proyectos, Políticos, Educativos y Sociales (2006); Especialista en Derechos Humanos (2001); Especialista en Derecho Ambiental de la Comunidad Europea (2003) Universidad Castilla La Mancha Toledo-España (2003); Especialista en Justicia Constitucional y Crimen Organizado (2004); Especialista en Propiedad Intelectual (2005); Diplomado en Estudios Avanzados (2008) U.C.L.M.; Candidato a DPh. UCLM. A ejercido el cargo de Director Nacional de Contratación Pública, así como el de Director Provincial de la Procuraduría General del Estado (2006-2007); Coordinador Provincial de la Escuela del Consejo de la Judicatura (2010); Asesor de la Corte Constitucional (2011-2012). Email: enriquemarmolpalacios@yahoo.com

un entorno saludable; los derechos de la naturaleza tienen un entorno vivo propio de la Pachamama o madre tierra, sus representantes son los colectivos, pueblos, nacionalidades, comunidades, contando con la protección del Estado. Se distingue los derechos de la naturaleza y los derechos humanos, como *megaderechos*, en relación a los *metaderechos* como son a la soberanía alimentaria, al agua, a la biodiversidad. La visión antropocéntrica impuesta en Europa y los Estados Unidos, no tiene cabida por su posición extractivista, a la visión biocéntrica donde la sociedad y la economía solidaria aseguran la integridad de los procesos naturales, manteniendo una interconexión con los flujos de energía y de biodiversidad, conviviendo la naturaleza con los seres humanos, para lograr el *sumak kawsay* o buen vivir, o el *suma qamaña* o vivir bien, constantes en el ordenamiento constitucional y jurídico boliviano, por medio de la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, aprobada en el 2012.

ABSTRACT

The term "rights of nature" is not equal to "the right to a healthy and ecologically balanced environment", since this is a human right; Are anthropocentric rights because human beings have the right to live in a healthy environment; The rights of nature have a living environment

of the Pachamama or mother earth, their representatives are collectives, peoples, nationalities, communities, relying on the protection of the State. It distinguishes the rights of nature and human rights, as *megaderechos*, in relation to the *metaderechos* such as food sovereignty, water, biodiversity. The anthropocentric vision imposed in Europe and the United States, has no place because of its extractivist position, the biocentric vision where society and solidarity economy ensure the integrity of natural processes, maintaining an interconnection with energy flows and biodiversity, Coexisting nature with humans, to achieve *sumak kawsay* or good living, or *qamaña sum* or living well, constant in the Bolivian constitutional and legal order, through the Framework Law of Mother Earth and Integral Development to Live Well , Approved in 2012.

INTRODUCCIÒN

“Produce inmensa tristeza pensar que la naturaleza habla,

Mientras el género humano no escucha”. VICTOR HUGO

Comenzaré, la presente temática, refiriéndome a la globalización tan en boga y retomaré las palabras que hago mías de *Boaventura de SOUSA SANTOS* (2009: Bogotá, p. 309) “*de hecho vivimos en un mundo de localización tanto como vivimos en un mundo de globalización, sería igualmente*

correcto en términos analíticos si definiéramos la situación actual y nuestros temas de investigación en términos de localización, la razón por la cual se prefiere el término globalización es porque el discurso científico y hegemónico tiende a preferir la historia contada por los vencedores". Lo manifestado por De Sousa se interacciona con las palabras de ZAFFARONI, uno de los tratadistas más grande latinoamericano según mi opinión, cuando en una de sus obras sobre criminología, determina que el problema *"para los latinoamericanos es que no hemos construido un derecho, acorde con nuestras costumbres, realidades, lenguaje"*, por lo señalado y sumado a lo expresado por el mismo autor en el Congreso realizado en Guayaquil año del 2005, el que quiere saber Derecho, es necesario que conozca *"Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional; y, luego es fácil saber cualquier Derecho"*. *"Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional; (Ortiz Vanegas H., 2016) y, luego es fácil saber cualquier Derecho"*. Según (Ortiz Vanegas H., 2016) *"Para el tratadista DE SOUSA SANTOS, aseguraría "la transformación de las relaciones de poder en relaciones de autoridad compartida" (368) representando un cambio de paradigma constitucional; y el cual apuesta a entender a los derechos como instrumentos de "democratización e igualdad social" (369)"* (Ortiz Vanegas H., 2016, págs. 368-369).

A esta valiosa opinión, me permitiré agregar a David HELD (2009: Quito, p. 88), quién expresa lo siguiente: *"Si vivimos en un mundo caracterizado por la intensificación de determinadas formas de política global y gobierno plural, la eficacia de las tradiciones democráticas y las tradiciones legales nacionales queda fundamentalmente alterada; en el reconocimiento que existe una interconexión entre la naturaleza y la calidad de la democracia dentro de una comunidad determinada"*.

Siguiendo estos asertos, es que me permito retomar el acontecimiento más próximo al constructo de estas realidades objetivas y a los aportes constitucionales ecuatoriano-boliviano a nivel regional y global, plasmados en la Constitución ecuatoriana elaborada por los Asambleístas en la ciudad de Montecristi provincia de Manabí julio de 2008, cuna del más grande patriota y estadista ecuatoriano de todos los tiempos el General Eloy Alfaro Delgado, misma que fuese aprobada en referéndum de septiembre 28 y publicada en el Registro Oficial No. 444 de octubre del mismo año, se puede leer en el Preámbulo un catálogo axiológico (de valores) conforme lo manifestado en parte por la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia (1776) en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (Francia 1789), retomado por la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de Derechos

Humanos (1948); y, acorde a nuestra época y que dice:

“Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador; Reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, Celebrando a la *naturaleza, la Pacha Mama*, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia...Decidimos construir: *“Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay”*...(nótese desde la declaración el propósito de alcanzar como *meta teleológica* (finalidad) el *“buen vivir-sumak kawsay”*); luego en el Art. 1 determina que: *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”,* y, en el Capítulo II dentro de un catálogo de derechos se recoge bajo el título Derechos del Buen Vivir, equivalentes según el ordenamiento internacional de la ONU, al catálogo de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, los cuales tienen un carácter progresivo debiendo ser leídos estos derechos para el caso ecuatoriano y boliviano *desde la perspectiva intercultural*; siendo parte integrante de esta categoría los siguientes: Art, 12, Derecho al Agua; principio que guarda armonía con lo establecido en noviembre de 2002, por la Organización de las Naciones Unidas al declarar: *“Agua segura, para todos y para siempre”*, por lo cual, se convierte el Derecho Humano al agua como un derecho de todos a contar con agua

suficiente, a precio asequible, físicamente accesible, segura y de calidad aceptable para usos personales y domésticos”. Principios que guardan estrecha Constitución de la República del Ecuador. Ed. Corporación Editora Nacional. 2008.

1) Constitución Plurinacional de la República de Bolivia. 2009.

relación con los artículos 11 y 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; estas declaraciones marcaron un *hito en la historia de los Derechos Humanos*; reconocidos a nivel mundial y en el campo constitucional; y, que no sólo debe encontrarse como mera declaración lo importante es protegerlos y cumplirlos. En nuestro país el 35% de sus habitantes no sólo del campo sino de la ciudad no la reciben ni por tubería, *siendo los grupos más perjudicados los pobres y lo grupos vulnerables*.

Continuando con la enumeración de los derechos del buen vivir, el Art. 13 trata sobre el Derecho a la alimentación; Art. 14 (Derecho a un ambiente sano) *“se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay”*; en este artículo confirma la proclamación del Derecho al buen vivir; el Art. 21 el Derecho a la Identidad Cultural; Cultura y Ciencia; en la sección quinta plantea el derecho a la Educación Arts. 24 al 29; la sección sexta, Derecho al Hábitat y Vivienda, Art. 30; en la sección séptima, Art. 32 derecho a la Salud y su interacción con el derecho al ambiente sano; en la sección octava, el Derecho al Trabajo Art. 33; y Derecho a la Seguridad

Social, Art. 34, lo más sobresaliente y que forma parte integrante del Buen Vivir; La función pública es una actividad que, por su naturaleza y alcances, debe estar orientada al interés general y al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. En tal virtud, debe desarrollarse con fundamento en los principios constitucionales de la función pública: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, buena fe, eficiencia, participación, responsabilidad y transparencia, con el fin de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, asegurando así el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. (Hernández & Ortiz Vanegas, 2012, pág. 24).

Y, de igual manera, en lo que se refiere al *DERECHO COMPARADO*, la *Constitución boliviana de 2009*, recoge en el *preámbulo* el “*Cumplimiento del mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama (naturaleza), es intrínseca a la cultura andina, de los pueblos ancestrales con su pluralidad lingüística quechua, kichwa, shuar, aymaras..*” de nuestros países, reconociendo como plurinacional, determinando en el Art. 8.1 que: “*El Estado asume y promueve como principios meta-ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no sea mentiroso, ni sea ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), tekokavi (vida buena), ivimaraei (tierra sin mal) y qhapajñan (camino o vida noble);* formando parte integrante del neo-constitucionalismo latinoamericano acorde a nuestras realidades interculturales, a diferencia del sistema continental europeo que

proviene del Derecho romano; y, del sistema anglo-norteamericano; cumpliéndose en esta parte con los anhelos de Zaffaroni y de Sousa. El neo-constitucionalismo puede denominarse como pos-constitucionalismo, ya que hace referencia a una concepción renovada del constitucionalismo en la cual se muestran elementos teóricos y prácticos ausentes por completo o presentes, pero con una menor intensidad. Al igual, puede ser el marco general de la teoría constitucional dentro del cual se deben abordar las novedosas figuras en las cuales los jueces constitucionales abordan (*Cada vez con mayores atribuciones*) los diversos puntos político- jurídicos de constitucionalidad o de ejercicio de funciones de protección de derechos fundamentales (Ortiz Vanegas H., 2019, pág. 151).

1.- Derechos del Buen Vivir en la Constitución ecuatoriana en

Relación con la Constitución Boliviana.-

En lo que respecta a la Constitución ecuatoriana, el Estado no asume estos principios anotados en la Constitución boliviana, lo delega como deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos en el Art. 83 numeral 2. Ama Killa, ama llulla, ama shwa, (*no ser ocioso, no mentir, no robar*). Notamos en el caso boliviano, un derecho para un caso; y, un principio ético moral para el otro, insertados en el Suma Qamaña (Vivir bien), alternativas intelectivas

para el tratamiento del desarrollo como concepto y aplicación, que por otra parte se utiliza aproximadamente desde hace 60 años, *ensartado con el desarrollo económico, desarrollo social, desarrollo humano, codesarrollo, codesarrollo; y, desarrollo alternativo (alternative development) que algunos autores como SACHTS, FRIEDMANN, BECK; KORTEN, UPHOFF3*), lo presentan como el reconocimiento a los derechos humanos y los valores morales, lo engloban en el contexto del Estado y su efectiva aplicación de políticas y mandatos; ofreciéndose a los ciudadanos y ciudadanas una oportunidad de influenciar en las decisiones y de *empoderarse a sí mismos*, (empoderamiento - término empleado por LUCKES Stone, 1993) a través de *tres componentes del poder; la primera es la habilidad de influir el resultado de decisiones específicas; la segunda influye en la agenda determinando las posibilidades específicas; la tercera influye en la formación de conciencia, en los deseos de las personas, logrando a través de las habilidades y de la evaluación los que claman por conocimiento*, con la idea del *postdesarrollo*.

Lenguaje originario de los países de *centro* y de la *periferia*; o, terminología con la cual ubica el argentino ya fallecido *Raúl PREBISH4*), a los países ricos y pobres; los primeros, definen al *sistema económico*, y con ello, *al desarrollo económico* aplicándolo al *modelo productivo* y de *consumo de carácter cualitativo*; y, el *crecimiento económico de carácter cuantitativo* que se concreta por medio del aumento del valor de los

bienes y servicios agregados a la *medición del aumento del*

3) **BECK, FRIEDMAN y otros autores. Estado De Bienestar, Desarrollo Económico y Ciudadanía: Algunas lecciones de la**

Literatura Contemporánea (Estudios Y Perspectivas) (United Nations Public - 2006).

4) **PREBISCH, Raúl. El desarrollo económico de América Latina y sus principales problemas. CEPAL. Boletín económico. Vol. II, 1 de febrero de 1962.**

Producto Interno Bruto (PIB), o la *Renta Nacional (RN)*, que deriva a su vez en el ingreso – *per-cápita* – generando el intercambio desigual entre los países de centro o tecnológicos del primer mundo, que sirvió para conceptualizar por parte de algunos economistas que el desarrollo era un instrumento más de dominación que tenían los países de Centro o industrializados sobre los países periféricos o dependientes, como también el concepto de *políticas de bienestar que se forjó en Europa a finales del siglo XIX y se desarrolló en las primeras décadas del Siglo XX después de la Segunda Guerra Mundial*.

La Asamblea General de las Naciones Unidas⁵) en su resolución No. 41/128, de 4 de diciembre de 1986 aprobó la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, y, en el artículo 1 determina:

1.- El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del

Cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para

Participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que

Puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades Fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

Por tanto, es importante que los pueblos latinoamericanos y del Caribe, históricamente marginados, invisibilizados y explotados, en primer lugar en la época de la Conquista y Colonia, después en la lucha por la Independencia y al constituirse luego en Repúblicas, construyan desde sus realidades objetivas sus propias ideas y conceptos sobre desarrollo, ya que el desarrollo económico, social, cultural, político, ambiental, concebido en la Declaración de la ONU, cada día es más lejano, porque se ha pensado sólo en crecimiento económico en la época globalizadora de la actualidad en beneficio de los países del norte y de las transnacionales, en detrimento de los demás países del sur o del tercer mundo. (Wenczenovicz, (julio-diciembre, 2016).

“Demarcación territorial y las comunidades

De esta manera, la propuesta del Buen Vivir Sumak Kawsay o Suma Qamaña, se constituye en *un nuevo enfoque donde de alguna manera se recupera el concepto de la Naturaleza o “Pachamama” la cual será sujeto de derechos que se convierten en un nuevo paradigma constitucional a nivel mundial, en plena época globalizadora, que son*

5) ONU. Asamblea General resolución No. 41/128, de 4 de diciembre de 1986 aprobó la Declaración sobre el

Derecho al Desarrollo.

Independientes de las valoraciones humanas de ser objeto de las designaciones de las personas, admitiéndose que la naturaleza posee Valores intrínsecos, que tiene derecho a que se respete

integralmente su existencia, el mantenimiento de sus ciclos vitales, de su estructura, funciones y procesos evolutivos, acorde con el Art. 71 de la Norma Suprema; que “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

“Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos; y que el Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, así como a los colectivos para que protejan a la naturaleza, promoviendo el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”; y en sus Arts. 72 trata sobre el derecho de la naturaleza a la restauración, de la indemnización y de medidas adecuadas como la tutela efectiva al ambiente; además de medidas cautelares que detengan una amenaza o impacto sobre el ambiente; el 73, el Estado aplicará medidas de precaución y restricción, para evitar la extinción de las especies, destrucción ecosistemas o alteración de los ciclos vitales.” el 74, las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, tendrán derecho a beneficiarse acorde al buen vivir”; articulándose un sistema descentralizado de gestión ambiental, acorde a los Arts. 395, la conservación de la biodiversidad.. asegurando la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras, el 396 de la

responsabilidad por daños ambientales, es objetiva y la obligación de restaurar, indemnizar y reparar los daños ambientales causados; las acciones legales de sancionar son imprescriptibles..”, incluyendo una defensoría del ambiente y la tutela de la naturaleza; en caso de duda sobre el alcance legal la aplicación de las normas se la hará en “sentido más favorable a la naturaleza”; de igual manera la “carga de la prueba sobre los daños ambientales”, recae sobre el responsable de las acciones o el demandado;397 y 399 ibídem; conformando los derechos denominados de tercera generación; y, que nuestra Constitución supera este planteamiento al señalar en el número 6 del Art. 11 que: “los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (significa que los Derechos Humanos en cuanto a los catálogos de división, se encontraban los de primera, segunda y tercera generación-colectivos-pueblos y al ambiente); en cuanto al referente del localismo metalenguaje Sousaciano y del sistema en construcción latinoamericano aspiración Zaffaroniano; y, que el constitucionalista H. SALGADO (Citado Ramiro ÁVILA. 2011: p. 117) sostiene que:

“Los derechos humanos ya no pueden ser considerados como subjetivos, debido a que no favorece a éstos ni les da la jerarquía que tienen, pues no se trata de cualquier pretensión o facultad, son derechos esenciales, fundamentales como los ha

calificado el derecho constitucional”, entre ellos el autor considera la naturaleza”.

Expresión que no comparto en su totalidad, ya que precisamente la evolución de los derechos humanos individuales subjetivos, se ha dado en el contexto de los derechos sociales, económicos y culturales, denominados patrimoniales, a su evolución a derechos colectivos de los pueblos, nacionalidades los cuales han sido fundamentados con diversos métodos, hasta llegar al planteamiento de los derechos de la naturaleza, Pachamama o madre tierra. Según Ramiro ÁVILA (ibídem, p. 118), “en un inicio, en el constitucionalismo moderno, sólo tenían status jurídico el burgués propietario; con el constitucionalismo social se extendió al obrero y campesino; se integró a la mujer, el indígena y los mayores de edad; últimamente se ha ampliado el status a todas las personas, finalmente el status se ha extendido a la naturaleza”, planteamiento que comparto plenamente, acorde a que en el neo-constitucionalismo ecuatoriano-boliviano, se cumplen los presupuestos de considerar a la naturaleza sujeto de derechos; y, con la formulación apológica de E. GALEANO, quién se preguntaba si este país andino conquistado y espoleado por los españoles, luego por los gobiernos de turno y los neoliberales en el poder, tenía pleno derecho de reconocer a la Pachamama como sujeto de derechos, cuando

la Corte Suprema de los Estados Unidos a finales del siglo decimonónico, reconoció a las personas jurídicas como sujeto de derechos, cuál si se tratase de personas naturales?. Y, a ningún Estado jurídicamente se le ocurrió oponerse; entonces ¿por qué los assembleístas del Ecuador, no pueden en su Constitución declarar que la naturaleza es sujeto de derechos?. Lo que concuerda con Zaffaroni⁶), quién en su obra “La Naturaleza como persona Pachamama y Gaia” nos recuerda la concepción griega de Gaia, “quien era una

1.2.- El componente Axiológico de las Ciencias que estudian a la Naturaleza.-

Por otra parte, el componente axiológico de las ciencias que estudian a la naturaleza que se la miraba bajo la óptica filosófica del *utilitarismo*, en cuanto a los valores simples de uso y de cambio, en beneficio de los seres humanos (según mi modesta opinión transnacionales o multinacionales, representantes de los Estados globalizadores del norte); y, la otra corriente la *antropocéntrica* en su valor económico donde los recursos naturales no renovables sirven para lograr la riqueza de las personas a través de las naciones en pro del desarrollo (visión eurocéntrica y anglo-norteamericana), negándose o excluyendo una serie de valores que van de lo ético, a lo religioso a lo cultural,

diosa griega - Tierra y que consideraba al planeta como un ser vivo, como un sistema que recrea la vida, que se renueva y que está en constante cambio, que es tan importante que sea una diosa, que tiene que ser venerada y cuidada”, relacionándose con la hipótesis comentada del científico Lovelock⁷), vinculada al sistema, que “es todo un conjunto de partes independientes que funcionan como una unidad, que necesita de entradas y salidas”.

a lo ambiental presentándose los derechos propios de la naturaleza con sus componentes en la *biodiversidad*, en los *ecosistemas* (agua, aire, tierra) permitiéndose pasar desde una *óptica utilitarista-antropocéntrica* a la *cosmovisión biocéntrica* (lo que significa que todas las especies vivientes son iguales en importancia y en valor, razón por la cual deben ser protegidas, teoría *teleológica* (finalista) la cual comparto.

El tratadista de Turín maestro de L. Ferrajoli, N. BOBBIO respecto a “*las ciencias que deben abordarse desde perspectivas distintas; determinó que debemos abordar a la justicia desde la filosofía, la validez desde la ciencia jurídica y la eficacia desde la sociología del Derecho*”; nosotros decimos: “*la naturaleza y con ella el agua, desde la perspectiva del respeto pleno de la propia vida y de los derechos humanos*”.

Para el ambientalista Aldo LEOPOLD (2009: Quito) desde el punto de vista de la *ética de la Tierra*, “*las acciones correctas son aquellas que tienden a Conservar la*

6) ZAFFARONI. Raúl. *La Naturaleza como persona: Pachamama y Gaia*. Ed. Abya Ayala. Quito, 2011, p.76.

7) LOVELOCK. James. *Homenaje a Gaia. Traducción, la Venganza de la Tierra*. Ed. Planeta. Barcelona, 2006.

Integridad, la estabilidad y la belleza de la comunidad biótica; y, son incorrectas cuando van en sentido contrario”

2.-La nueva conceptualización constitucional del Buen Vivir.-

La nueva conceptualización constitucional, que significa la idea del *Buen Vivir* (*Sumak Kawsay*, es *integral y holística*, tanto en *lo social* como en *lo ambiental*; no pudiendo el *régimen de desarrollo sustentable* dejar de vincular los sistemas económico, político y socio-cultural, a la *naturaleza o Pachamama* protegida, preservada y conservada, para todas las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, lo que implica ambientalmente conservar las prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural (*acceso al derecho humano al agua*),

Normas sobre *inclusión y equidad*, propuestas por las Constituciones ecuatoriana y boliviana de comienzos de la primera década del tercer milenio, acordes con sus costumbres milenarias plasmadas en los principios *paleontológicos* de *interculturalidad* y *plurinacionalidad*. Según (Ortiz Vanegas H., 2016) De hecho en ninguna otra Constitución del mundo, aparece este término neo constitucionalista, entendido por tal aquél en el que las Constituciones no se limitan a establecer competencias o a separarse a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas, y que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

para que no afecten al ambiente sano, sobre todo *el derecho de los pueblos ancestrales a ser consultados, a ser informados “amplia, oportunamente” sobre proyectos de prospección, a participar en la explotación y comercialización de los recursos en sus tierras*; (existen 14 nacionalidades, 18 pueblos ancestrales) conforme lo determinan el Art. 57 de la Constitución ecuatoriana en armonía con el Convenio 169 de la OIT artículos 7, 10,14 y 16, ratificados por los Estados colombiano, ecuatoriano y boliviano “*los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios...*

Artículo 14, “*deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que*

tradicionalmente ocupan”; y, 16 “los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan y cuando el traslado y la reubicación de esos

pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno consentimiento de causa”.

8) Convenio OIT 169 www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/...

2.1.- El componente Interculturalidad y Plurinacionalidad en las Constituciones Latinoamericanas.-

Finalmente aprovechando este espacio, uno de los pocos con que cuenta el pensamiento académico universitario, vale la pena en esta parte del camino tratar el *tema de la Justicia en torno a la realidad latinoamericana - andina como expresión de la interculturalidad en el manejo de la diversidad*, expresado en los *ordenamientos jurídicos de Colombia, Ecuador, Guatemala, Brasil, Bolivia, México, Perú y Venezuela*, en la esfera de la praxis y la tolerancia consideradas a partir de las realidades existentes en comunidades, pueblos ancestrales y nacionalidades, conformando según el constitucionalista *Xavier GARAICOA* (Para una Concepción de Justicia y Legitimidad en el Estado Constitucional. p. 15) *“una constelación sistémica de valores y de visiones múltiples” forjados por la equidad y la inclusión, desterrando la exclusión, reconocidos en la Carta Suprema ecuatoriana*

Art. 340, “el sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo”; el artículo 275, en cuanto al régimen de desarrollo como el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistema económicos, políticos, socio-culturales y ambientales que realizan el buen vivir o *sumak kawsay*”, y que *cuando se trata de la naturaleza y el medio ambiente como parte integrante, se requiere analizar y estudiar el método científico, así como la complejidad del sistema naturaleza-sociedad y los sistemas complejos auto-organizados, en el campo de la ecología y los problemas ambientales, y*

Autores como KÖSTLER (1969: Pp.192-216) plantean que los *sistemas complejos auto-organizados, deben estudiarse en cualquiera de sus niveles de organización, desde una perspectiva de escala y jerárquica, ligados mutuamente, ya que una jerarquía define como un sistema de interconexiones en el cual el nivel superior impone restricciones a los – niveles inferiores en diversos grados – así el universo es un todo organizado con una estructura jerárquica, en la cual cada nivel es un sistema formado por subsistemas, que son sistemas del nivel jerárquico inferior, y propiedades nuevas emergentes que surgen de las – interacciones entre esos subsistemas, al igual que el ordenamiento jurídico en construcción sistémico Art. 425 CRE; agregando Köstler que ni las partes, ni el todo, existen en sentido absoluto en ningún dominio(biológico o social); ya que la realidad concreta existe como una serie de niveles en orden ascendente de complejidad, cada uno de los cuales tiene dos caras que miran en direcciones opuestas; esto es, la cara que mira hacia el nivel inferior es la del todo autónomo y la que mira hacia el nivel superior es la de la parte dependiente. Cada nivel de cara la llamó *holón* por ejemplo cuando puede actuar como organismo individual, interactúa con otro organismo porque ambos operan a la misma escala – espacio temporal – Lo que un organismo individual *holón*, no puede*

interactuar con un *bioma* ya que ambos operan a escalas diferentes por varias órdenes de magnitud; debido que el *bioma* es un contexto relativamente constante, dentro del cual funcionan (operan).

La importancia según nuestra manera de entender este concepto, es que inició una nueva forma de ver y analizar los fenómenos naturales, que perduran hasta hoy y que constituyen - un eslabón entre – *holismo* y *reduccionismo* - ya que el *primero (holismo)* considera *al nivel como un organismo que se inicia de las propiedades emergentes prescindiendo del conocimiento de las partes (subsistemas) que los forman; y, tampoco como sugiere el segundo (reduccionismo), que el nivel puede comprenderse como la suma de las partes, sin considerar a las interacciones entre ellas.*

En los *sistemas jerárquicos* todos los *componentes están conectados verticalmente*; por lo cual, un nivel jerárquico que no se ajusta a las restricciones y condiciones impuestas por el *nivel superior que lo contiene (el suprasistema)* es eliminado. Los *sistemas jerárquicos sirven para seleccionar estructuras más sustentables en un ambiente particular*; y, los *sistemas complejos tienen capacidad de aprendizaje*; por tanto, *en el caso de los ecosistemas, la biodiversidad es la base de datos que permite la auto-organización del ecosistema y las estrategias*

de manejo del – medio ambiente – y las propiedades a considerarse son: 1) No linealidad, comportándose el sistema como un todo, no comprendiéndolo descomponiendo las partes y luego sumando o multiplicando el resultado; 2) Jerárquico, los sistemas complejos se complementan cada uno en otro sistema, conformado por un conjunto de sistemas; 3) Causalidad interna; los sistemas no siguen los mecanismos newtonianos, son entidades auto-organizadas; caracterizándose por bucles de retroalimentación positiva y negativa; por propiedades emergentes y por sorpresa (incertidumbre); 4) Existe un intervalo energético, dentro del sistema puede ocurrir la auto-organización, siendo la tendencia un óptimo, no hacia un máximo, ni un mínimo; 5) Tiene el sistema más de un dominio de atracción; multiestable, y el estado presente del sistema es una función de los accidentes históricos, tanto o más que de otros factores; y, 6) Comportamiento catastrófico, es la norma con a) Bifurcaciones (momentos de comportamiento impredecible); virajes (discontinuidades repentinas, cambios rápidos; y, c) Ciclos. (Hernández, 2014, p. 33)

Según HOLLING (1992), el sistema ambiental, lo mismo que todo organismo vivo atraviesa un ciclo de nacimiento-crecimiento y muerte.

Lo que conlleva en los aspectos de los derechos del Sumak kawsay o Buen Vivir y

Suma Qamaña vivir bien, ajustados al empleo del enfoque heurístico y multidisciplinario, integrado al estudio de los problemas de interculturalidad, plurinacionalidad, a lo que se suma los de contaminación al ambiente y la naturaleza, que nos conduce al final de nuestra ponencia, a formular conclusiones epistemológicas; como lo dijese Boaventura de Sousa⁹), “desde el Sur global haciendo conocer que existe la epistemología del Sur como respuesta al Norte global”. Constituyéndose la alternativa del buen vivir Sumak Kawsay o vivir bien Suma Qamaña, en nuevo paradigma constitucional sobre el desarrollo, propuesto por las constituciones ecuatoriana y boliviana, sobre todo a comienzos de la primera década del tercer milenio, emergiendo de la periferia social latinoamericana de sus propias realidades objetivas o si se quiere a la periferia.

Con lo cual ZAFFARONI debe estar de acuerdo. Por tanto, sin lugar a dudas la naturaleza o Pachamama es el titular del derecho, en razón de ser el espacio donde se reproduce y realiza la vida. Convirtiendo además a la naturaleza, en relación a la sustancia de la norma en sujeto de derecho. Lo que significa, que las normas atribuyen derechos e imponen obligaciones o deberes, al mismo tiempo a todos los sujetos de la relación jurídica (activos en este caso la naturaleza y pasivos los entes privados y públicos); no

obstante que como sujetos pasivos nos encontramos sometidos a obligaciones en favor de los DDN; en cambio que la naturaleza como sujeto activo, no tiene ninguna obligación que le sea exigible.

Además, la naturaleza tiene derecho a que se respete sus (ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos), estamos ante la presencia de los bienes jurídicos protegidos a nivel jurisdiccional por la norma, que en caso de ser afectados, se reclamará su reparación integral.

Por estas razones, es imprescindible, en cuanto a la hermenéutica constitucional de los DDN, no pretender realizarlos separadamente de los principios, reglas y de los derechos humanos, en la medida que la naturaleza o Pachamama, es reconocida por la propia normativa suprema.

Finalmente, La expresión “derechos de la naturaleza”, no es igual a “derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, ya que éste es un derecho humano; son derechos antropocéntricos debido a que los seres humanos son los que tienen derecho a vivir en un entorno saludable; los derechos de la naturaleza tienen un entorno vivo propio de la Pachamama o madre tierra, sus representantes son los colectivos, pueblos, nacionalidades, comunidades, contando con la protección del Estado. Se distingue los

derechos de la naturaleza y los derechos humanos, como *megaderechos*, en relación a los *metaderechos* como son a la soberanía alimentaria, al agua, a la biodiversidad. La visión antropocéntrica impuesta en Europa y los Estados Unidos, no tiene cabida por su posición extractivista, a la visión biocéntrica donde la sociedad y la economía solidaria aseguran la integridad de los procesos naturales, manteniendo una interconexión con los flujos de energía y de biodiversidad, conviviendo la naturaleza con los seres humanos, para lograr el *sumak kawsay* o buen vivir, o el *suma qamaña* o vivir bien, constantes en el ordenamiento constitucional y jurídico boliviano, por medio de la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, aprobada en el 2012.

A MANERA DE CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES:

- Considero, que los derechos del buen vivir, son los más difíciles de cumplir; Sobre todo por aquel enunciado “que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo y judicial”. Tremenda

tarea de los Jueces y Juezas ante la imprecación constitucional del bienestar de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

- Implican mayor determinación judicial; y, el empoderamiento por parte de Fiscales, Jueces, Juezas, Juristas y Abogados;
- Según **R. ÁVILA** (Oc. p. 182) ¿Cómo exigir violaciones tan complicadas como el derecho al hábitat, al agua, a la seguridad social (derecho universal y no solo de los trabajadores)? La más fácil forma es no resolviéndolos, continúa el autor; pero es la más perversa porque desnaturaliza a los derechos y al Estado constitucional de derechos y justicia”.
- E. **GUDYNAS** en su obra “El mandato ecológico”, p. 199, “El giro *biocéntrico* de la Constitución genera otro desarrollo...en el sentido de los mandatos ecológicos es claro, y la tarea actual es defenderlos y llevarlos a la práctica”.
- Las Recomendaciones serían:
- Para que se cumpla con el proceso de desarrollo sistémico sostenible, es necesario no sólo una planificación

por parte de las instituciones del Estado, sino por los organismos seccionales, las organizaciones no gubernamentales y las propuestas de las propias comunidades y pueblos, la elaboración de políticas es responsabilidad de científicos, técnicos, académicos y funcionarios, en una palabra el enfoque participativo tanto en las ramas de las matemáticas, las ciencias sociales y del medio ambiente, influyendo como motor de la interacción entre los subsistemas social y científico, estando seguros que generará el intercambio y la democratización del conocimiento.

- Es desde la inclusión de todos los segmentos de la sociedad de abajo hacia arriba, donde los Estados podrán asumir el rol protagónico y es alrededor de resolver un problema concreto en *cuanto al desarrollo sustentable*, que la *sociedad salga del conformismo y cumpla con la propuesta del *sumak kawsay* o *suma quamaña*; esto es lograr el buen vivir.*

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AVILA SANTAMARÍA Ramiro. La garantía jurisdiccional: la exigibilidad de los derechos del buen vivir. Corte Constitucional. Quito, 2011, p. 182.
- GALEANO E. La naturaleza no es muda. Reproducido. Ed. Abya-Yala, Quito, 2008.
- GUDYNAS Eduardo. El mandato ecológico. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución. Ed. Abya Yala. Quito, 2009.
- HELD David. Globalización y Derecho. M. de Justicia. Quito, 2009, p. 88.
- HERNÁNDEZ Carlos Arturo (2014) Las memorias en los postines indígenas. Como entender una constitución multicultural, Universidad Libre, Revista Verba Iuris, Junio-diciembre 2014, pp 31 -41.
- KÖSTLER. *Beyon atomism and holism – the concept of the Holon: new perspectives in the lifa sciences.* Hutchinson, Londres, 1969, Pp.192-216.
- LEOPOLD Aldo. Ética de la Tierra. Citado Gudynas. El mandato ecológico. Ed. Abya Yala. Quito, 2009.
- MATTEUCCI, Silvia. El Estado y el Medio Ambiente. CONICET, UBA, 2002.
- MÁRMOL PALACIOS, Enrique. Aproximaciones al Origen del Derecho Ambiental. El Derecho Genético. La Biotecnología. Los Alimentos Transgénicos. Ed Milenium, Guayaquil, 2006.
- SALGADO Hernán. Citado Ramiro ÁVILA. Los Derechos y sus Garantías. Corte Constitucional, 2011, p. 117.
- SOUSA SANTOS Boaventura. Sociología Jurídica Crítica. Ed. Trotta, 2009, Bogotá, p. 309.
- Convenio 169 OIT, ratificado por el Ecuador, 1989.
- Constitución de la República de Bolivia, 2009.
- cepis@cepis.ops-oms.org
- <http://www.bio.org>
- <http://www.ops-oms.org>
- Ortiz Vanegas , H. (2016). LA UNIÓN DE HECHO EN ECUADOR. En LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN LATINOAMERICA. valencia: Eudeba.
- Ortiz Vanegas , H. (2019). LA CUARTA REVOLUCIÓN Y EL DERECHO . Bogotá: EDICIONES NUEVA JURÍDICA
- <http://www.unep.org/vital2003org>
- Wenczenovicz, T. (julio-diciembre, 2016). “Demarcación territorial y las comunidades indígenas: reflexiones acerca de la responsabilidad civil”. Revista Diálogos de Saberes, (45). Universidad Libre (Bogotá).

Discusión sobre los conceptos “vulnerabilidad” y “consentimiento” en el Protocolo de Palermo⁶

Patricia Britos⁷

Universidad Nacional de Mar del Plata
Argentina

pbritos@ump.edu.co

Resumen: El presente Artículo propone la justicia global, meta a la que parece que todos queremos llegar, se debe conocer la realidad de cada uno de los ciudadanos del mundo. Una quimera sin solución real; sin embargo, una aproximación es contemplar el mundo de los otros sin pretender que nosotros, desde la academia, poseemos la solución sin antes haber pasado por una etapa de conocimiento de la vida de esos otros mediante un sentimiento empático, esencial para alcanzar la compasión que, según Nussbaum, es ponerse en el lugar del otro, comprender que está pasando por una situación grave y sentir que puedo hacer algo para ayudarlo.

1. Introducción

En este trabajo propongo una reflexión sobre dos temas relevantes en la discusión sobre la legislación referente a la trata de personas en el último tiempo, en el mundo y en la Argentina: la vulnerabilidad y el consentimiento de la víctima. Teniendo en cuenta el documento a analizar que se conoce como “Protocolo de Palermo”

porque se firmó en esa ciudad italiana y que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional, pretendo analizar el peso de estos dos conceptos tan importantes y su dinámica dentro de la cuestión de la trata en especial.

Dada la íntima relación de la oferta de servicios sexuales con la discusión sobre si existe delito, si éste es transnacional o nacional, y sobre quiénes son los criminales y quiénes las víctimas, creo necesario aclarar que me ocupo exclusivamente de la trata de personas adultas, ya que no hay duda de que cualquier acción de este tipo que involucre a personas de menos de 18 años es flagrantemente un delito. Y, en forma casi exclusiva, trataré la cuestión de las mujeres porque desde el origen mismo del Protocolo, incluidos los debates previos, la trata ha sido de mujeres para explotación sexual e incluso trabajo sexual, aunque medie consentimiento. Tomo como marco teórico a las teorías de la justicia de John Rawls y de la emoción de Martha Nussbaum, con el objeto de describir la gravedad de lo que significa ser víctima, ya sea de trata o de las políticas antitrata. La preocupación más importante consiste en que se hace urgente reclamar el respeto de la dignidad de esas mujeres a las que se pretende proteger, así como bregar por la defensa de los derechos de los más

Fecha de recepción: 22 de enero de 2020

Fecha de aceptación: 28 de febrero de 2020

⁶ Artículo Resultado de investigación del proyecto titulado Vulnerabilidad en la justicia nacional y en la global, financiado por la Universidad Nacional de Mar del Plata y la Universidad Libre

⁷ Docente investigadora de la Universidad Nacional de Mar del Plata, historiadora, magister en Ciencia y Filosofía Política, Doctora do en Filosofía, email: pbritos@mdp.edu.co

vulnerables (hombres y mujeres) que forman parte de los pueblos más pobres y con menos posibilidades de alcanzar el florecimiento humano.

2. ¿Qué es la trata de personas?

Debido al movimiento de poblaciones actual causado especialmente por factores económicos, se advierten más poblaciones vulnerables que quedan expuestas a los grupos de tratantes o traficantes. Los países más poderosos no reciben poblaciones empobrecidas porque afectan a sus propias economías, y se produce un tránsito de personas clandestino liderado por mafias que toman ventaja de esta situación. Clasificar a los inmigrantes ilegales no es tan fácil como parece; en ocasiones, unos parecen ser más ilegales que otros.

Creo que hay que distinguir bien lo que es “tráfico” de lo que es “trata”, ya que son dos conceptos diferentes y suelen confundirse. El primero, el tráfico, consiste en la acción de ciertos delincuentes que trasladan o proveen los medios para el viaje de migrantes y propician su entrada ilegal a un país extranjero. En su mayoría, los traficados son víctimas de una estafa que los deja en situación de vulnerabilidad ante funcionarios que los rechazan en el país al que pretenden llegar. Hay muchos que quedan en el camino, en barcos sin capitán en el medio del Mediterráneo o en el medio del desierto sin posibilidades de escapar a la muerte. Todo esto ocurre con conocimiento de los despiadados traficantes que les quitan los ahorros de su vida. El Protocolo de Tráfico no contiene énfasis específico sobre las víctimas de acuerdo con su género (Diltmore, 2005, p. 109); además, el tráfico es un delito de un solo paso: una vez que se negoció, el

traficante no vuelve a ver más a su víctima, no hay contacto que perdure en el tiempo.

La trata es un delito definido por el Protocolo de Palermo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional que acuerda que es necesario prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; éste se complementa con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. A pesar de todo, no finaliza el debate sobre la trata y no hay definición consensuada (incluso dentro mismo del feminismo); la dificultad que aparece es la de la tipificación misma del delito en cada país. Cuando se adhiere a un protocolo, pacto o acuerdo a nivel internacional, la intención del documento se plasma en una legislación nacional; para esto y para su aplicación se hace necesaria la interpretación de los legisladores y de los funcionarios que serán quienes se ocuparán de las detenciones cuando se produzca el delito. Por eso es tan importante tener en claro cuál es el delito.

El famoso Protocolo es conocido como 3P porque las tres acciones que intenta alcanzar son en idioma inglés: “prevent, protect and punish”; tiene como misión combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños. También dentro de sus objetivos está el de colaborar con las víctimas de dicha trata, siempre respetando sus derechos humanos y, ante todo, evitando la re-victimización (Protocolo de Palermo, art. 2 y 9).

Para lo antedicho, se promueve la cooperación entre los Estados Parte (todos los países que aceptan este protocolo y adhieren con su firma) para lograr esos fines. Para lograrlo, se debe conocer el

significado de los términos que aparecen en la redacción del protocolo; aquí repasaremos lo que dice el documento en el artículo 3:

- a) Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

y aclara además que:

- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a

toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

también enfatiza que, en el caso de una persona menor de 18 años,

- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.
- d) Por "niño" se entenderá a toda persona menor de 18 años.

Existe un discurso sobre la "trata de blancas" que se remonta al siglo XIX y se manifiesta en términos de moral sexual y de discriminación de género en la división del trabajo. La independencia de las mujeres que migraban solas, sin esposo, no aparecía como lo más deseable. En una crítica al pensamiento de principios del siglo XX, Emma Goldman señalaba que "la cruzada anti-esclavitud blanca que se convirtió en sinónimo de la campaña anti-prostitución, fue apoyada, sino liderada, por feministas reformistas de clase media de Europa Occidental y de Estados Unidos que buscaban "salvar" a sus hermanas "caídas" (Kempadoo, 2005: xi).

3. La legislación sobre la trata carente de muchas realidades

Me propongo aclarar un poco el problema que existe sobre la definición del término dentro del mundo intelectual, dentro del feminismo, y de quienes pretenden ayudar a las mujeres vulnerables que son víctimas de un delito tal como la comercialización de las personas humanas (recuerdo que aún no se ha reclamado mucho sobre la comercialización de las personas no humanas). Porque parecería que basta con lo que se lee en el protocolo para interpretar la legislación y la preocupación de quienes la redactaron. Entonces, para interpretar el espíritu de la ley, habría que conocer más sobre los y las que legislaron: sus creencias, su preocupación en lo referente al delito, cuán urgente ven la necesidad de intervenir, además de otros rasgos que pueden afectar su capacidad de ser objetivos a la hora de evaluar ciertas cuestiones como, en este caso, la oferta de servicios sexuales.

Por todo esto, me voy a referir un poco al debate previo a la firma del protocolo del año 2000. Como es ya conocido, existen tres posturas sobre la cuestión de la prostitución; brevemente se puede decir que: a) el regulacionismo reconoce la prostitución como trabajo y reclama por una legislación acorde; b) el abolicionismo defiende a la mujer por considerarla víctima y persigue al proxeneta; y, c) el prohibicionismo castiga a ambos. De ahora en más, cuando uso el término “abolicionismo”, reflejo b) y c) en una sola postura; esto se debe a las discusiones de

los últimos 30 años sobre el tema. Melissa Ditmore (2005: 107) retrata la discusión como una cuestión esencialmente perteneciente al feminismo, con dos posturas muy marcadas que plasman la dicotomía entre el abolicionismo y el regulacionismo. La larga historia del debate se funda en la prostitución, pero, ante todo, en posturas ideológicas enfrentadas sobre la sexualidad de la mujer. Es por eso que se deja de lado la importancia de la “trata de personas” (TIP) para trasladarla a la “trata de mujeres” (TIW). Y, con respecto a la cuantificación de la trata, la misma Organización Internacional para las Migraciones (OIM) lamenta la falta de estadísticas en muchos informes (Doezema, 2010: 5). De aquí, se advierte la dificultad de conocer el número de personas tratadas en el mundo ya que se desconocen los motivos de la mayoría de las desapariciones (cosa fácil de advertir, ya que son personas desaparecidas porque no se sabe nada de ellas); únicamente, se podría contar como cierta una estadística que nos informara sobre cuántas personas fueron encontradas y probada su participación como víctima del delito.

¿Qué es la trata de mujeres? Después de leer narraciones personales de víctimas de trata como son reportadas en los diarios, la respuesta parece obvia (...) la trata de mujeres equivale a niñas y mujeres jóvenes siendo transportadas y forzadas dentro de la prostitución. (Doezema, 2010: 1).

Hay cierto feminismo que considera que la trata es una construcción y que se relaciona con un mito⁸, Jo Doezeema (2010: 9-10)

⁸ La cuestión de la trata está dentro del marco del mito urbano en lo que respecta a los secuestros que todos los ciudadanos proclaman: se insiste sobre una camioneta blanca que va por las calles secuestrando

adolescentes y esto pasa de la misma manera en todas las ciudades del mundo. Sin embargo, ni el

marca dos aspectos de ese mito: 1) como distorsión de la verdad, el ocultamiento de la migración de trabajadoras sexuales; y 2) como metáfora que oculta una realidad complicada que incluye la sexualidad femenina. Sobre esto último ya se había producido un debate muy intenso en los 80 respecto a la pornografía; en ese momento, ya el feminismo había discutido sobre si la mujer que participa en las películas se siente sometida y humillada o si siente que goza del derecho de mostrar su propia sensualidad en una actividad que considera artística.

4. Vulnerabilidad

¿Vulnerabilidad de qué? Al pensar en los seres humanos y su entorno, se advierte que hay ciertas debilidades de algunos que pueden ser de diferente índole. Se transforman con el tiempo en obstáculos sociales y económicos. Muchos experimentan dificultades ante ciertas situaciones sociales, frente a toma de decisiones, o frente a la vida misma. Esas debilidades se convierten en cierta imposibilidad de alcanzar los objetivos mediatos e inmediatos y todo esto evita que ciertas personas alcancen la felicidad o puedan resolver ciertos conflictos.

¿Es la vulnerabilidad física o psicológica? Cuando pensamos en las personas que sufren injusticias, surge la problemática de las condiciones socioeconómicas que acompañan casi en la totalidad de los casos los problemas que evitan el desarrollo humano de la población. Viene generalmente acompañado de las necesidades básicas insatisfechas, de la

falta de salud y de la carencia de educación. ¿Cómo se relaciona un aspecto físico y un aspecto psicológico en este caso? Para dejar un poco más clara esta dicotomía, se podría explicar que cuando se habla de lo psicológico, se está haciendo referencia al mundo emocional, por ende, se podría decir que se vuelve al problema mente-cuerpo. El derecho desde la óptica neopositivista, el análisis sobre ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES- ECI como una actividad jurisdiccional de la Corte Constitucional Colombiana para la protección de derechos fundamentales afectados de manera colectiva, se plantea la necesidad de un estudio nomológico, sobre las implicaciones de resolver los casos estructurales a través de las ECI como “*declaratoria de emergencia social por vulneración masiva de derechos fundamentales*”; estudio ontológico y metodológico de la acción de tutela como mecanismo utilizado por la ECI, además de analizar la realidad y los hechos generadores de los casos estructurales en un Estado Social de Derecho que pretende resolver por vía judicial las problemáticas que implican axiomas desde la perspectiva estatal (Ortiz Vanegas H., 2019, pág. 153).

Cuando se discute el tema de la vulnerabilidad, se vincula la pobreza como punto más relevante porque de hecho es en la carencia de recursos económicos donde se asienta la imposibilidad misma. Donde hay sectores empobrecidos, hay más

Protocolo consideró esta posibilidad, ya que habla de captación y no de secuestros al azar en la calle.

necesidad y, por ende, más vulnerabilidad en ambos sentidos –el físico y el emotivo–.

En el Informe sobre Desarrollo Humano 2014 de las Naciones Unidas “Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia”, se apunta a la reducción de la vulnerabilidad y el fomento del desarrollo humano y se introduce el concepto de “vulnerabilidad humana” para describir la posibilidad de deterioro de las capacidades y opciones de las personas.

Las personas experimentan diferentes grados de inseguridad y tipos de vulnerabilidad en distintos momentos a lo largo de su ciclo de vida. Por su naturaleza, los niños, adolescentes y personas mayores son vulnerables, por lo que nos preguntamos qué tipo de inversiones e intervenciones pueden reducir la vulnerabilidad durante los períodos de transición más sensibles del ciclo de vida (Informe, 2014: 1).

La vulnerabilidad persistente tiene sus raíces en las exclusiones históricas: las mujeres en las sociedades patriarcales, el pueblo negro en Sudáfrica y los Estados Unidos de América y la población *dalit* en la India se ven confrontados a la discriminación y la exclusión debido a las prácticas culturales y las normas sociales de larga data. Las instituciones gubernamentales responsables y con capacidad de respuesta son decisivas para superar este sentimiento de injusticia, vulnerabilidad y exclusión que puede alimentar el descontento social. El compromiso cívico y la movilización colectiva, por su

parte, son también indispensables para garantizar que los Estados reconocen los intereses y derechos de las personas vulnerables. Los Estados pueden intervenir a la hora de reducir la desigualdad horizontal con un conjunto de diferentes intervenciones de política ((Informe, 2014: 11).

Concentrándonos en el término legal “vulnerabilidad”, advertimos que éste es vago y ambiguo y que no hay posibilidad de encontrar una interpretación adecuada sin tener en cuenta los fundamentos éticos de los derechos humanos. La pregunta que nos interpela sería la siguiente: ¿en qué dirección nos lleva esto?

En la edición XIV de la Cumbre Judicial Iberoamericana que tuvo lugar en Brasilia entre los días 4 a 6 de marzo de 2008, se acuerda establecer 100 reglas sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Esto colabora con la carencia del Protocolo de Palermo en lo que respecta a una buena definición del concepto de vulnerabilidad ya que con la intención de proteger a las víctimas de cualquier delito, se determinan las condiciones en que se encuentran los seres lo suficientemente vulnerables como para caer en las garras de algún delincuente. Con buen tino, se llegó a conformar un buen manual para los actores del sistema de la Justicia con el objeto de disipar dudas en algunos casos. De cualquier manera, se sabe que, al momento de actuar, tanto las fuerzas policiales como los fiscales, jueces y otros agentes del sistema judicial, no siempre son suficientemente criteriosos. Las reglas mencionadas no fueron enumeradas conforme a la problemática del crimen transnacional trata de personas (especialmente de mujeres y niños). La

Corte suprema de Justicia de la Nación Argentina adhirió a este listado de reglas mediante la Acordada 5/09, expresando que “a criterio de esta Corte, dichas *Reglas* resultan una valiosa herramienta en un aspecto merecedor de particular atención en materia de acceso a Justicia, a cuyo efectivo mejoramiento el Tribunal se ha comprometido a contribuir, entre otras medidas, mediante la creación de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia (Acordada N°37/2007 del 17 de diciembre de 2007)” (Acordada CSJN 5/09).

Las mujeres y niñas que son explotadas sexualmente contra su voluntad seguramente no tienen los recursos simbólicos ni las redes sociales al alcance para evitar tal situación. Seguramente no están preparadas para evitar el embate de los delincuentes por motivos físicos, psicológicos o culturales. Mas no debemos olvidar que muchas mujeres adultas deciden trabajar con su cuerpo de alguna manera y esto debe respetarse en el marco de un estado de derecho donde todos los ciudadanos gozan de libertad y autonomía al momento de tomar decisiones. No es así, por ejemplo, en lugares donde existe una guerra o algún tipo de enfrentamiento armado y ni hay paz ni estado democrático. Estoy pensando en el caso de la revolución siria y el accionar de un grupo terrorista como el Estado Islámico que secuestra niños y mujeres para venderlos y costear su organización. En lo que respecta a este tipo de comercialización en zonas en conflicto, no existe coincidencia con lo que se intenta describir en la definición de trata; todo se resume a un secuestro violento por el cual se dispone de una persona a quien ni siquiera se finge engañar. Y, si tenemos en cuenta el accionar del Estado Islámico, se han vendido personas con fines sexuales: niñas y niños, y mujeres. Por lo tanto, veo

más trata de personas en estos casos que en la mayoría de los privados de nuestro país, ya que las acciones relatadas se encuentran en un nivel de violencia y desprecio por la vida donde no hay límites morales ni legales. De más está recordar que el estado de vulnerabilidad de estas víctimas es indiscutiblemente más grave que el de cualquier mujer adulta que resulta engañada por artimañas para hacerla ejercer como prostituta.

En la mayor parte del mundo, las mujeres pierden por ser mujeres. Sus poderes humanos de elección y sociabilidad frecuentemente son frustrados por las sociedades en las cuales ellas deben vivir como anexos y sirvientes de los fines de los otros, y en los cuales su sociabilidad está deformada por el miedo y la jerarquía (Nussbaum, p. 298)

Estoy de acuerdo con la idea de que las emociones son relevantes para el análisis de los asuntos legales. Los abogados y los filósofos del derecho en su mayoría, no aceptan este análisis; ellos sostienen que la ley es lo que está escrito y las pasiones y sentimientos pertenecen a la vida cotidiana, algo muy diferente del mundo legal. En el ámbito de la filosofía política o filosofía del derecho, John Rawls se ocupa de una construcción psicológica dejando una huella importante que Martha Nussbaum aprovecha para el estudio de lo moral mediante la razón y las emociones. En la teoría rawlsiana hay cinco grupos de bienes sociales primarios para distribuir: libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, salud e inteligencia educada. Él considera que “quizás el bien primario más importante sea el del autorrespeto o autoestima, una convicción de confianza del sentido del valor de uno mismo, una garantía de que lo

que uno hace y planea hacer vale la pena” (Rawls, 1963, p.158).

Volviendo al término discutido, el juez del Tribunal Oral Federal N° 1 de Mar del Plata, Mario Portela, sostuvo que “el de vulnerabilidad es uno de los términos jurídicos que existe en la ley nacional de trata de personas y en los convenios internacionales vigentes, no solo no definidos sino profundamente ambiguos y vagos” (2014, p. 5). También sostiene que desde el punto de vista de la teoría general existen varias posibilidades para la interpretación de un término, pero, sobre todo dada la indeterminación de los lenguajes naturales y la imposibilidad epistemológica de encontrar “un método” seguro para interpretar la ley, se podría adoptar la que elige Ronald Dworkin, que apostaría a la mejor interpretación moral. También recuerda que Carlos Cossio decía que la mejor interpretación jurídica es como la mejor jugada de ajedrez, que no existe en abstracto sino en una partida concreta a la que suele definir con un mate posterior. “No hay posibilidad alguna de enmarcar la interpretación si no contamos con una fundamentación ética de los derechos humanos, que sirva para algo más que para efectuar pronunciamientos retóricos. Que justamente sirva para permitir la mejor interpretación dado el contexto” (Portela, 2014, p. 5).

5. Consentimiento

El de consentimiento es un concepto muy caro para la democracia. Y también puede acarrear consecuencias que se deberían tratar de subsanar de alguna forma que no atente contra la autonomía y la dignidad de las personas. Dice Carlos Nino (p.378) que “el consentimiento es distinto de la

aprobación es fácil de ver: quien toma un taxi puede no aprobar el que tenga que pagar por él –tal vez esté fuertemente a favor de que los taxis sean un servicio público gratuito-; sin embargo, consiente en hacerlo”. Él está pensando en el proceso democrático y yo lo aplico a las decisiones de las personas, que, a la larga, nos llevará a concluir que la decisión tomada por una persona no necesariamente significa que esa opción está en primer lugar en su ordenamiento de preferencias; en muchos casos, se trata de una decisión estratégica porque resulta ser lo menos malo y lo que se ve más factible para el plan de vida propuesto.

Obviamente, lo que pretende prevenir el documento de la Organización de Naciones Unidas es el consentimiento de una víctima que realmente ha sido engañada y no tiene la menor intención de dedicarse a la actividad o que es violentada física o psicológicamente; esto se traduce en amenazas hacia su persona o hacia familiares que pueden correr algún riesgo o que la víctima cree que están en peligro, aunque no fuera así. Por supuesto, el que alguien consienta al traslado y a insertarse en una ocupación desconocida –sea cual fuere- no justifica el maltrato y la explotación. Por este motivo, ésta es una cuestión que resulta más borrosa al momento de analizar los casos y determinar dónde hay delito, y de qué hablamos. Para ejemplificar un poco más, es importante recordar que existe un delito también internacional y es el tráfico; la diferencia con la trata es que es una acción única destinada a facilitar un traslado a otro país como migrante ilegal a cambio de un pago. Una vez que el emigrado está en viaje, ya no hay más contacto con los traficantes. Aquí no se puede apelar a la falta de consentimiento, ya que tanto hombres

como mujeres pretenden cruzar ciertas fronteras para iniciar una nueva vida más satisfactoria económicamente, la mayoría de las veces, o alejada de la violencia existente en el país de origen. Mas no voy a profundizar en el tráfico porque aquí no hay un énfasis en cuestiones de género y nos aleja del debate prostitución vs trabajo sexual.

Sobre el consentimiento de una víctima, habría que analizar la decisión desde una postura que dignifique a la persona, considerándola una persona libre y autónoma al mismo tiempo que racional como para elegir entre varias alternativas que se le presentan en un momento de su vida. Opinar que la decisión de pasar a ser trabajadora sexual es irracional, muestra poca confianza en que estas mujeres sepan lo que les conviene. Muchos dicen que tomaron esa decisión porque no tenían muchas oportunidades (es el caso de las trans que no logran acceder a la vida laboral); aun si esto es cierto, no significa que las instituciones gubernamentales les quiten la alternativa que pareció ser la más conveniente. Cuando en una sociedad un sector tiene pocas posibilidades, el Estado debe procurarle más posibilidades, pero no cortarles las vías o caminos para alcanzar sus objetivos o lo más cercano a su plan de vida, especialmente, si esto es por una cuestión meramente de moral sexual. Si legitimáramos el trabajo sexual considerando los encuentros sexuales como contratos entre personas racionales, dejando de ver a la mujer como carente de capacidad para su autonomía, esto significaría el empoderamiento de estas mujeres y el respeto de su dignidad como personas.

Por supuesto, la situación en la oferta de servicios sexuales no es fácil de catalogar o clasificar. Es más, en muchos casos se

adverten en el trabajo sexual libre ciertos acuerdos que muestran una falta de libertad real y, sin embargo, no se pueden catalogar como trata. Esta falta de libertad no apunta a restringir la libertad de movimiento sino más bien al manejo de los ingresos y la pelea constante entre dueños o dueñas (hoy es más común esto) y trabajadoras sobre el servicio que se proveyó en una habitación privada. Esta es la realidad de los y las trabajadoras sexuales, un mundo laboral muy diferente al resto porque se inserta en la intimidad y la consiguiente problemática.

Consentimiento: ¿por qué no asimilarlo al consentimiento informado que se usa en el caso de las intervenciones médicas? Y, si así fuera, nos encontraríamos que el consentimiento que da una persona para entrar en un ámbito laboral, sólo se puede alcanzar haciendo públicas las condiciones de trabajo. Por ende, la única forma de resolver este tema será haciendo visible la actividad laboral y, a la postre, estableciendo lineamientos que la equiparen con otras que han sido protegidas a través del tiempo y han sido legitimadas tanto legal como socialmente.

Respecto a la legislación actual argentina, todo se vuelve más polémico aún, ya que en la ley 26842/12, la última legislación votada, se sustituye el artículo 2^a de la ley 26364/08 y esto cambia en mucho el significado de trata; se aleja de la definición del Protocolo de Palermo y en mi opinión tergiversa y confunde conceptos. El cambio en sí radica en que la configuración del delito de trata se ve ampliada y profundizada. Aquí los seis supuestos que muestran lo que significa “explotación” de aquí en más y que resignifican el término haciéndolo equivalente a “trata”, es decir, alejándolo del espíritu del Protocolo de Palermo:

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
- c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos;
- d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido;
- e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho;
- f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.

¿Por qué sostengo que el Protocolo no pretendía este marco? Porque la idea principal en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional era supuestamente que los países se ocuparan de este crimen en un rango internacional; por eso, se lo compara

con el de tráfico por su alcance, es decir, el de una cuestión que cruza las fronteras nacionales. Obviamente, no es lo mismo que se explote a alguien que trabaja en su misma ciudad a que esto ocurra después de haberlo trasladado a otro país donde se vuelve más vulnerable por la falta de contacto con su red social e incluso por desconocimiento del idioma y de la cultura. Aquí aparece lo transnacional como un agravante al que se le debe prestar atención.

Teniendo en cuenta la parte b) del artículo 2º, que dice “cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados”, lleva a hacer una pregunta sincera: en un régimen capitalista, ¿qué es un trabajo forzado? Esto me recuerda lo que planteaba Ronald Dworkin en el famoso debate sobre la pornografía, respecto a la diferencia entre ser actriz en la pornografía y ser empleada en un local de comidas rápidas donde hay destrato y explotación, problema que es conocido por todos.

Por último, algo que preocupa mucho es el supuesto c), ya que éste describe al proxenetismo. En la Argentina, el abolicionismo siempre significó que se perseguía al proxeneta (siempre se pensaba en un hombre) y se protegía a la mujer que era la prostituta; era la justicia provincial la encargada de enjuiciar al proxeneta y la mujer era libre de seguir trabajando porque nunca estuvo prohibida la prostitución. Hoy en día, y debido a que el abolicionismo se ha convertido en prohibicionismo, la persona que explota es tratante (puede ser mujer u hombre) y las mujeres que trabajan en el sector, son consideradas víctimas que no deben seguir sosteniendo esa ocupación. Resultado: las trabajadoras (las que ofrecen servicios sexuales) quedan desocupadas y las explotadoras (las que por tener ya cierta edad se convierten en proxenetas) son juzgadas como tratantes aunque no se

hayan dado todos los requisitos que propuso el Protocolo para que algo sea trata de personas.

6. Conclusión

¿Por qué la vulnerabilidad y el consentimiento resultan tan importantes a la hora de medir el respeto por los derechos humanos en el mundo hoy? Y, ¿cómo terminan elaborando una construcción que nos aleja del problema real y nos lleva a implementar políticas públicas equívocas? En primer lugar, porque para alcanzar la justicia global, meta a la que parece que todos queremos llegar, se debe conocer la realidad de cada uno de los ciudadanos del mundo. Una quimera sin solución real; sin embargo, una aproximación es contemplar el mundo de los otros sin pretender que nosotros, desde la academia, poseemos la solución sin antes haber pasado por una etapa de conocimiento de la vida de esos otros mediante un sentimiento empático, esencial para alcanzar la compasión que, según Nussbaum, es ponerse en el lugar del otro, comprender que está pasando por una situación grave y sentir que puedo hacer algo para ayudarlo. Obviamente, hay consenso sobre la idea de intentar terminar con este tipo de acciones. Sin embargo, si no hay consenso sobre el concepto de trata, no podemos saber cuáles son las víctimas ni quiénes se perjudican por la acción de los tratantes:

- 1) ¿son solo las mujeres cis? ¿los hombres? ¿las mujeres trans? ¿los hombres trans?
- 2) ¿se trata de un grupo etario? ¿las mujeres mayores son víctimas?

- 3) ¿la sexualidad afecta?
- 4) ¿es un grupo nacional o internacional? (porque se dijo al principio que era un crimen transnacional)
- 5) ¿Las mujeres que pasan los 40 años y viendo disminuidos sus beneficios convierten en proxenetas son tratantes?
- 6) ¿hay más víctimas por la trata o por las acciones de los funcionarios antitrata?
- 7) ¿las trabajadoras sexuales se ven afectadas por este tipo de persecuciones?
- 8) ¿Y afectan las legislaciones antitrata a los hombres y a las mujeres trans?

Ese grupo de estudio al que apuntamos cuando evaluamos una propuesta de las Naciones Unidas que nos lleva a implementar legislación nacional para proteger a un grupo que podríamos denominar “las jóvenes mujeres del mundo” es tan complejo que no es fácil encuadrar todas las acciones –en especial lo concerniente a la oferta de servicios sexuales- de forma tal que los términos “vulnerabilidad” y “consentimiento” signifiquen lo mismo para todos. Es por esto que considero que la existencia de esclavas sexuales en mercados organizados por el Estado Islámico en Raqqa y Mosul, donde mujeres y niñas han sido vendidas para luego ser violadas sexualmente por sus dueños, también debería ser juzgada con la misma vara que se usa para los tratantes en

un país sin guerra. Sin embargo, no es lo que sucede, ya que miles de mujeres yazidíes de Siria e Irak sufren el desarraigo, la muerte de los miembros masculinos de la familia y el inevitable destino de dejar de

pertenecer a su grupo porque ya no serán aceptadas por su familia o vecinos, una vez que han sido deshonradas, y, en la mayoría de los casos, embarazadas por los extremistas que las secuestraron.

7. Bibliografía

Convención de las Naciones Unidas con la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos (2004). New York: Secretaría General de la ONU.

Doezema, Jo (2010), *Sex Slaves and Discourse Masters*, Zed Books, New York.

Kempadoo, Kamala, Jyoti Sanghera y Bandana Pattanaik (2005). *Trafficking and Prostitution Reconsidered*. Paradigm Publishers: Boulder.

Malik, Khalid (et al) (2014), *Desarrollo Humano 2014 de las Naciones Unidas*, “Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia”, PNUD, Nueva York.

Nino, Carlos (1989), *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires: Astrea.

Nussbaum, Martha (2000). *Women and Human Development*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press.

Nussbaum, Martha (2004). *La fragilidad del bien*. Madrid: Machado Libros.

Nussbaum, Martha (2006). *El ocultamiento de lo humano*. Buenos Aires: Katz.

Pogge, Thomas (2002). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós.

Portela, Mario (2014). *Derechos humanos y trata de personas. La trata de seres humanos y la fundamentación de los derechos humanos*. Congreso de Asociación de Mujeres jueces de Argentina. Posadas.

Rawls, John (1993). *Teoría de la justicia*. Mexico: FCE

Rodríguez Sánchez, J. J. (Enero-junio de 2018). *Política criminal en Colombia, hacia su constitucionalización*. *Criterio Jurídico Garantista* 11(18), 141-158.

Ortiz Vanegas , H. (2019). *LA CUARTA REVOLUCIÓN Y EL DERECHO*. Bogotá: EDICIONES NUEVA JURÍDICA

Consideraciones críticas al querellante en el Código de Procedimiento Penal de Córdoba

Mariela Zanetta Magi⁹

Universidad Católica de Córdoba-
Argentina

zanettamagi@hotmail.com

Resumen: actualidad se puede observar una propensión hacia la reinserción en el proceso del acusador privado, en donde de a poco se le reconoce a la víctima una participación cada vez mayor cuando se los incorpora al mismo en cualquiera de los tipos de querellante desarrollados al comienzo, con el fin de facilitar la participación de la sociedad en la administración de justicia –sobre todo en la penal–, habilitar el control de la sociedad civil sobre los funcionarios encargados de la persecución estatal, y con ello aumentar la eficiencia de la política persecutoria

Introducción

La comisión de un delito invariablemente engendra una víctima, es decir una persona que sufre el daño directo provocado por aquel hecho punible. Las lesiones pueden ser de distinta índole (corporal, material, espiritual, patrimonial) pero siempre de inestimable

*impacto (aunque en el asalto, cuando le pusieron un arma en la sien frente a sus hijos, le hayan robado sólo algunos pesos). Delincuencia y víctima, son dos caras de una misma realidad. Sin embargo, la política criminal ha edificado el sistema penal, ocupándose preferentemente del delito y de quienes participan en la ejecución del hecho considerado como tal, dejando a la víctima en un distante segundo plano...Y si bien desde hace algunos años ha surgido un notorio interés por la víctima, su atención y consideración en el ámbito de la Justicia penal y policial son todavía muy relativas. Para equilibrar, e incluso legitimar, el **ius punendi**, el Estado se ha esmerado por establecer las reglas que deben resguardarse en todo proceso penal en garantía de los derechos fundamentales del imputado (inocencia, defensa, etcétera). Sin embargo, su actitud ha sido muy distinta a la hora de amparar los derechos de las víctimas. Con esa tendencia se ha delineado una cultura jurídica-judicial, en la cual la protección del derecho de quien debe enfrentar un proceso eclipsa la protección del derecho de quien ha sufrido las consecuencias del hecho criminal¹⁰.*

Fecha de recepción: 19 de enero de 2020
Fecha de aceptación: 23 de febrero de 2020
Artículo de reflexión

9 Abogada y Notaria. Investigadora y Profesora Jefa de Trabajos Prácticos de Derecho Romano II

en la Universidad Católica de Córdoba. Email: zanettamagi@hotmail.com

¹⁰ PALACIO LAJE, Carlos: *La víctima y el sistema penal*. Publicado en el Diario “La Voz del Interior”, Córdoba - Argentina, 01/04/06.

En esta extensa cita se ha resumido la posición y opinión de gran parte de la doctrina y de la sociedad en la que nos vemos insertos los operadores jurídicos, espacio físico en el cual hemos de desarrollar nuestra labor diaria en pos de la “búsqueda de la verdad” y la “realización de la justicia”, tales son los mandamientos principales a los que debemos sujetarnos, sobre todo aquellos que realizamos nuestra tarea en la faz pública del Estado.

Así, sabemos que el *Acceso a la Justicia* es uno de los llamados “Derechos Humanos” reconocidos por nuestra Constitución Nacional¹¹ en igual jerarquía a partir de la reforma de 1994, y en la Constitución de la Provincia de Córdoba¹² reconociendo el

11 Preámbulo: Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, [...] con el objeto de [...] afianzar la justicia [...] para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino [...]; Primera Parte. Capítulo Primero: Declaraciones, derechos y garantías. Art. 16: La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento [...]. Todos sus habitantes son iguales ante la ley [...]; y Art. 18: [...] Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. Art. 31: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales [...]. Segunda Parte: Autoridades de la Nación. Título Primero: Gobierno Federal. Sección Primera: Del Poder Legislativo. Capítulo IV: Atribuciones del Congreso. art. 75 inc. 22º: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. [...] la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [...] el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo [...]; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos [...].

12 Primera Parte: Declaraciones, Derechos, Deberes y Garantías. Título Primero, Sección Cuarta. Art. 40 párr. 1 Es inviolable la defensa en juicio de las

Estado Social de Derecho. Esa denominación implica que la cualquier persona -física o jurídica, en la calidad de víctima o imputado, y aún el Estado en los casos de lesiones a sus derechos o intereses¹³- tiene la posibilidad o el derecho de actuar ante los órganos jurisdiccionales en busca de su protección o de una respuesta ante los actos contrarios al derecho. También queda incluida la asistencia y patrocinio jurídico gratuito al individuo (v. gr. Ley Pvcial. 7982 de “Asistencia Jurídica Gratuita” (B.O.C. 16/11/90, modificada por las leyes N° 8107, 8426 y 8498), garantizando que la aplicación de los principios de Igualdad ante la ley y el Derecho de Defensa no

personas y de los derechos; y Art. 49 En ningún caso puede resultar limitado el acceso a la Justicia por razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia gratuita a tal efecto.

¹³ Lo que ocurriría “en los casos de los delitos contra la Administración Pública [...] ofendido penal es la Administración Pública y como tal, a través de sus representantes es la única facultada para intervenir como querellante particular [...] El querellante particular en los procesos que se investigan delitos contra la administración pública: en el precedente que aquí reseñamos se estimó que existen buenas razones para ampliar el radio natural de la definición de “querellante particular” cuando las conductas que se investigan configuran algún delito de la especie aludida. En la referida ampliación resulta decisiva la vinculación existente entre los delitos contra la Administración Pública y la lucha contra la corrupción estatal. Es que esta última constituye un objetivo común de los Estados (Manual de Medidas Prácticas contra la Corrupción Pública, aprobado en la 7ma. Resolución del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1990 y Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por ley 24.759) y se erige en un explícito mandato de criminalización establecido en la Constitución Nacional, al conminar –bajo pena de inhabilitación- la corrupción de los funcionarios que incurrir en graves delitos dolosos que conlleven enriquecimiento, pues atentan contra el sistema democrático” (TSJ de Cba. Sala Penal *in re* “Denuncia formulada por BELLOTTI, Carlos Emilio –Recurso de Casación e Inconstitucionalidad-” (Expte. D-014/05), Sentencia n° 92 dictada con fecha 24/05/07.

queden supeditados a cuestiones económicas o de educación. Un Estado de Cosas Inconstitucional no solo faculta a la constitución para la protección de derechos humanos y derechos fundamentales, sino que es un mandato de optimización lo que pasa a ser un Estado Neoconstitucional o Estado Constitucional, del cual surge el DPC (Derecho Constitucional procesal) (Ortiz Vanegas H.,2019, pág. 151).

Dicho acceso igualitario es un deber que ha de ser cumplido por los Estados Nacional y Provinciales, en virtud de lo dispuesto por la normativa constitucional. *Dicha garantía constitucional que consagra el principio de la defensa en juicio, debe ser comprensiva de todas las materias de las que pueden resultar derechos vulnerados [...] Propiciamos entonces que el derecho a acceder a la justicia no sufra limitaciones ni restricciones de ninguna índole¹⁴.*

Con todo lo hasta aquí expuesto, diremos que el presente trabajo intenta realizar una breve crítica constructiva a la regulación de la figura del Querellante Particular en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, con el ánimo de hacer notar la problemática que plantea, proponiendo algunas soluciones. Entonces, trataremos la limitación de sus derechos recursivos, sobre todo teniendo en cuenta la sanción legal y pecuniaria que pesa sobre él en caso de una resolución desincriminatoria (archivo o sobreseimiento) adoptada por el Ministerio Público Fiscal que, por regla general y en la mayoría de los casos, dirige la Investigación Penal Preparatoria; y la inconstitucionalidad de algunos artículos de la norma adjetiva –ya por la violación al principio de igualdad ante la ley, como al incumplimiento de deberes y garantías asumidos por el Estado Nacional al suscribir documentos internacionales, vulnerando los principios de supremacía y

jerarquía constitucional de las leyes que se dicten en conformidad con la Carta Fundamental.

¹⁴ TAGLE DE FERREIRA, Graciela: *Acceso a la Justicia*. s/d, pág. 59.

Consideraciones Previas

Como primera aproximación, podemos decir –siguiendo a Rubianes- que “*querellante*” es la persona que de modo especial, singular, individual y directamente resulta afectada por el daño o el peligro que el delito comporte¹⁵. Pero para un concepto más preciso, citamos textualmente la definición obrante en el Manual de Derecho Procesal Penal publicado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, que reza *El querellante particular en la víctima de un delito de acción pública que interviene facultativamente en el proceso penal, para acreditar la existencia de ese hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado, y de lograr la condena penal de los partícipes.*

Siguiendo la clasificación propuesta por Clariá Olmedo¹⁶, según las variadas atribuciones que les otorgan las leyes, se puede considerar que existen cuatro tipos de Querellantes. Tenemos entonces: 1) **El Querellante Exclusivo**: –propio de los delitos de acción privada, art. 71 CP- es el particular ofendido que tiene facultades amplias de acusar, con exclusión del órgano público, o sea el derecho de querellar, un verdadero derecho subjetivo concedido por la ley sustantiva, con un doble carácter: dispositivo, porque su ejercicio depende de la voluntad del titular, y vinculante, en cuanto pone al órgano

jurisdiccional en la necesidad de proveer acerca del fundamento de la pretensión punitiva; 2) **El Querellante Subsidiario**: es aquél que sólo puede actuar como acusador particular, en caso que el Ministerio Fiscal abandone definitiva o temporariamente el ejercicio del poder de acción; mientras éste actúe, aquél no podrá intervenir; 3) **El Querellante Conjunto¹⁷ o Autónomo**: que actúa como sujeto eventual del proceso, en forma autónoma de la actividad del acusador público, y permite a la probable víctima de un hecho intervenir durante todo el proceso y desde su inicio, ejercitando la acción penal conjuntamente con el órgano público, quien es un sujeto esencial del mismo; 4) **El adhesivo**: es el particular ofendido que tiene la facultad de adherirse a la acusación y a las conclusiones del Ministerio Fiscal. Se muestra como un colaborador del acusador público y supone cierta accesoriedad de la persecución penal del ofendido que depende, en último término, de la persecución penal, [...] carece del efecto promotor del proceso o de la investigación penal y de la facultad de acusar en el juicio.

El Código Penal vigente en nuestro país estipula que los Códigos Procesales – cuyo dictado es prerrogativa únicamente de las provincias- no pueden otorgar al ofendido la función acusatoria en forma exclusiva más que en las Acciones Privadas, de tal forma que se prive a los órganos oficiales de ejercer la titularidad de la Acción Pública, tal lo establecido en el art. 71 del plexo normativo citado. Pero ello no es óbice para que el ofendido o

el autónomo como el adhesivo constituyen distintas manifestaciones de esta figura referida, al intervenir en el proceso –con distinta amplitud de prerrogativas, de acuerdo a las circunstancias de cada caso- en compañía del órgano público acusador, pero sin ocupar su lugar. (ver *La víctima del delito, el querellante particular y la coerción personal*, en *En torno al Querellante Particular*, Ed. Advocatus, Córdoba - Argentina. 2003).

¹⁵ RUBIANES, Carlos J.: *Estudio Jurisprudencial de la querrela de acción pública. Jurisprudencia Argentina*, Tomo 1959-II, págs. 47/49.

¹⁶ Cfme. CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Ediar Sociedad Anónima de Editores, Córdoba - Argentina, 1961, págs. 322/323.

¹⁷ Tal lo considera Gustavo A. Arocena, quien entiende que la denominación “querellante conjunto” importa un desacierto, debido a que tanto

damnificado pueda participar en el proceso en compañía de los funcionarios encargados de la persecución penal, o que lo hagan en los casos en que exista inercia o desinterés en dichos órganos –lo que se justifica en el interés de la víctima en lograr que se sancione el accionar delictivo, que es coincidente con el interés del Estado en el mismo sentido-.

Así las cosas, nuestro CPP reguló la figura del Querellante Particular, con una modalidad “adhesiva”, tal lo explicita la Exposición de Motivos del Proyecto que fuera enviado al Poder Ejecutivo señalando que la querrela carece de efecto promotor de la investigación y sólo puede deducirse una vez iniciada la investigación (art. 92) y no se prevé que la querellante pueda provocar la apertura del juicio¹⁸. *Dicha previsión del Código Procesal impone un examen sobre la naturaleza y características del hecho que constituye el objeto de la imputación, con el fin de establecer si el pretensor de ser el ofendido penalmente efectivamente reviste tal condición*¹⁹. En este estadio se aclaró que ofendido penalmente es quien porta en el contexto concreto, el bien jurídico protegido por la norma penal de prohibición o de mandato presuntamente infringida²⁰.

En la doctrina es indiscutible el plexo de facultades que le corresponden a este sujeto eventual en el proceso. Así, sabemos que puede: intervenir en el proceso, que

tiene facultades para acreditar la existencia del delito y la participación punible del imputado, que puede recurrir las resoluciones jurisdiccionales que sean adversas a sus intereses o favorables al imputado (por ej. el sobreseimiento y el archivo en la IPP, y la absolución en la etapa del Juicio) aún si el MPF no las impugnase –pero sólo en los casos en que la ley le acuerda expresamente tal derecho (v. gr. arts. 94 y 446 del CPP). En cambio es ampliamente discutida la **facultad autónoma**²¹ de este sujeto de impugnar las resoluciones que le sean favorables cuando la ley procesal establece como condición que el Ministerio Público Fiscal (MPF) –en el caso específico el Fiscal de la Cámara de Acusación (FCA) para la circunscripción Capital; y el de Cámara del Crimen, en el resto de la provincia- sostenga los agravios esgrimidos por el querellante, bajo pena de resultar inaccesible su tratamiento por el *ad quem*; incluso se ha planteado la inconstitucionalidad de dichas limitaciones a la facultad recursiva, por ser contrarias a lo establecido en las normas constitucionales provincial y nacional, tal como se desarrollará a lo largo del presente trabajo.

En ese sentido, ha dicho la doctrina que el querellante particular accede actualmente al proceso penal con un valioso **rol coadyuvante** al esclarecimiento de la verdad real, lo que implicaría que no tiene un derecho autónomo a la obtención de dicho fin, y por lo tanto dependería de la

¹⁸ Se agrega “en la medida que aquel Estado ejerza la pretensión penal de la cual es titular inmiscuido, la intervención del damnificado será secundaria o adhesiva”, citado por Margarita Casas de Mera en *El querellante particular. Estudios sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*. Ed. Lerner, Córdoba - Argentina, 1993.

¹⁹ FERRER, Carlos Francisco: *El querellante particular en el C.P.P. en Córdoba*, en *Pensamiento Penal y Criminológico*, año II, n° 2, Mediterránea, Córdoba, 2001, p. 58.

²⁰ MAIER, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal*, Tomo II Parte General: Sujetos procesales, Editores

del Puerto, Bs. As., 2003, p. 681; en sentido similar Fabián I. Balcarce: *El querellante particular en la legislación procesal cordobesa*, en *En torno al querellante particular*, Advocatus, Córdoba - Argentina, 2003, p. 96.

²¹ Por cuanto ya la Constitución Provincial establece en la Segunda Parte: Autoridades de la Provincia. Sección Tercera: Poder Judicial. Capítulo Quinto: Ministerio Público. Art. 172 El Ministerio Público tiene las siguientes funciones: inc. 3° Promover y ejercitar la acción penal pública ante los tribunales competentes, sin perjuicio de los derechos que las leyes acuerden a los particulares.

actividad del MPF en cuanto al desarrollo del proceso y de la aplicación de las penas de los que resulten “culpables” por lesionar los derechos de la víctima.

Siguiendo tal rumbo de pensamiento, cuestiona Cafferata Nores *¿Se terminó el monopolio del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal?* Este autor entiende que **se vigorizó la posición de la víctima del delito** al expresar que proteger los intereses generales de la sociedad no es monopolio del Ministerio Público cuando el interés particular del damnificado se canaliza mediante la querrela. Sintetiza de este modo una postura en la que nos identificamos, al igual que D’Albora que postula que el derecho penal tiene por fin inmediato la tutela (subsidiaria) de aquellos **intereses generales** penalmente simbolizados en los bienes jurídicos, pero que también debe tutelar aquellos **intereses concretos**, cuales son los de la víctima. Con ello se han visto ampliadas las facultades procesales de las víctimas, en tanto se les han otorgado medios para provocar el inicio de la investigación cuando el órgano oficial no lo hiciera, y se la debería autorizar a que continuase por sí misma el proceso ya iniciado cuando el MPF considerase la “falta de mérito” –con lo que se le permitiría lograr la apertura del juicio con su acusación particular, aún si se hubiera pedido el sobreseimiento-.

Consideraciones críticas a la figura

A los fines de la claridad, hemos numerado las críticas que se le pueden formular a la regulación de la figura que hemos venido desarrollando, aportando primeramente una breve síntesis de nuestra postura, para luego desarrollarlas más extensamente, enunciando asimismo las soluciones que hemos considerado apropiadas a cada caso.

1) Planteo de inconstitucionalidad de los arts. 352 1º párrafo y 359 del CPP, por ser atentatorios de lo regulado en la Constitución Nacional y en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos – que gozan de igual jerarquía a partir de 1994-.

2) Trato diferencial en cuanto a la capacidad recursiva de los querellantes particulares en la Investigación Penal Preparatoria Fiscal y la Jurisdiccional (IPPF e IPPJ). ¿Tienen distinta valoración penal las acciones públicas cuando son ejercidas en uno u otro caso en virtud del BJP afectado (v. gr. particular o de la sociedad en su conjunto)?. Violación a “Principio de Igualdad ante la ley”, garantía reconocida en la CN, en los Pactos Internacionales a ella incorporados, y en las Constituciones Provinciales.

3) Si el Querellante Particular (QP) puede ser condenado por las costas en que hubiera incurrido en caso de sobreseimiento o absolución del imputado (art. 94 *in fine* CPP), ¿por qué debe someterse a que el Fiscal de Cámara mantenga sus agravios para que se habilite la vía recursiva? Violación de los derechos de “Defensa” y de “Acceso a la Justicia” – este último *contrario sensu*-, ambos garantías constitucionales reconocidas en nuestro país.

4) Inconstitucionalidad del art. 91 CPP que limita la constitución en Querellante Particular en las causas con menores. Si bien es “superior” el interés del niño establecido en el art. 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), considerado tal hasta los 18 años – art. 1-, ello vulnera el “Principio de Igualdad ante la ley” de los damnificados en estos casos para intentar obtener la reparación del daño sufrido.

5) En el Juicio Abreviado Inicial (art. 356 y ss. del CPP), se ignora al Querellante

Particular como sujeto interviniente activo en el acuerdo arribado a los fines de lograr la resolución establecida. Ello no sólo vulnera varias garantías constitucionales relativas al acceso a la justicia, defensa en juicio, y derecho a ser oído por un tribunal competente e interviniente en los autos que lo tienen como “parte”.

6) La falta de intervención del querellante en la fase crítica, cuando la conclusión es inculpativa, que en la práctica queda evidenciado por cuanto no se le notifican: la acusación del Fiscal, si hubo oposición, ni la resolución del Juez de Control (JC) o de la Cámara de Acusación (CA). Al efecto, necesita conocer los alcances de la resolución para hacer observaciones y cuestionar por ej. la calificación legal; es decir para ejercer su derecho a la reparación del daño sufrido y para ejercer control (en virtud del principio de publicidad de los actos de gobierno). Ello también resulta aplicable para el resto de las “partes procesales” (v. gr. actor y demandado civil, etc.). Asimismo, teniendo en cuenta que sólo se considera “clausurada” dicha etapa procesal con la Notificación del Decreto de Citación a Juicio a las partes, la simple lógica hace exigible que previo a ello sea necesario hacer conocer los términos en los que se concluyó la IPP.

Comenzaremos entonces el desarrollo de los cuestionamientos referidos, en el orden en el que fueron anunciados.

1) Derecho al Recurso:

Antes de desarrollar nuestra postura crítica, y con el fin de proporcionar claridad al tema en desarrollo, se transcriben a continuación los artículos que resultan aplicables del CPP: **Art. 334:** *El Fiscal de Instrucción dispondrá, por decreto fundado, el archivo de las actuaciones cuando no se pueda proceder o cuando el hecho en ellas contenido no encuadre en*

figura penal. [...] En todos los casos, las partes podrán oponerse a la decisión del Fiscal. Cuando mediare discrepancia del Juez de Instrucción regirá el art. 359. El archivo dispuesto por el Juez será apelable por el querellante que se hubiere opuesto, salvo el caso del art. 359. Regirá el art. 464, y si la decisión del Juez fuese revocada, otro Fiscal de Instrucción proseguirá con la investigación. Art. 464: Cuando el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, se correrá vista al Fiscal de Cámara en cuanto se reciban las actuaciones para que, en el término perentorio de cinco días, exprese si lo mantiene o no. Su silencio implicará desistimiento. Cuando el Fiscal desista y no haya otro apelante o adherente, las actuaciones serán devueltas enseguida por decreto. Art. 446: El querellante particular sólo podrá recurrir de las resoluciones jurisdiccionales cuando lo hiciera el Ministerio Público, salvo que se le acuerde expresamente tal derecho. Art. 349: El sobreseimiento cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta. Art. 352: La sentencia de sobreseimiento será apelable, sin efecto suspensivo, por el Ministerio Público y, salvo el caso previsto en el artículo 359, por el querellante particular. En este último supuesto regirá lo dispuesto por el art. 334 último párrafo [...]. Art. 359: Si el Fiscal de Instrucción solicitase el sobreseimiento y el Juez no estuviere de acuerdo, se elevarán las actuaciones al Fiscal de Cámara de Acusación. Si éste coincidiera con lo solicitado por el inferior, el Juez resolverá en tal sentido. En caso contrario, el Fiscal de Cámara formulará el requerimiento de citación a juicio, que tramitará con arreglo a este Título. Art. 471: El querellante particular podrá impugnar las sentencias mencionadas en los incisos 1 y 2 del artículo anterior. Regirá el trámite de art. 464 ante el Fiscal General. Art. 470: El Ministerio Público podrá impugnar: 1) Las

sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Acusación o dictadas por el Tribunal de Juicio. 2) Las sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena [...] (la negrita nos pertenece).

De la simple lectura de los artículos reproducidos, se puede afirmar sin lugar a dudas que el Fiscal de Instrucción (FI) en la IPPF puede desestimar por sí sólo la denuncia y archivar las actuaciones, por las causales previstas en el art. 334. Sin embargo, la atipicidad de los hechos relatados en la *notitia criminis* no puede otorgarles un valor definitivo, ya que la debida valoración jurídica con ajuste al hecho podría haber sido errónea, vulnerando así el derecho de las víctimas. Es por ello que, en la medida en que no se le hayan otorgado posibilidades de acceder a un control jurisdiccional que pudiera revertir la conclusión desinriminatoria ordenada por el MPF, **tales decisiones no adquieren valor definitivo**, pues sólo el JC está investido del poder para tomar las decisiones que “cierren” el proceso, y en cuya base se repulsa una nueva actuación de la justicia, concomitante o posterior, por los mismos hechos y en contra de las mismas personas tal lo establecido en el principio *non bis in idem*. Gracias a ello, la víctima que se haya constituido en querellante particular posee en estos casos la facultad de contar con el control del juez sobre el archivo de las actuaciones ordenada por el FI, a través de la “Oposición” (art. 338 del CPP).

El eje de nuestra crítica reside en que **la oposición se encuentra fuertemente condicionada en el CPP**. Ello es así ya que, si el JC discrepase con lo pedido por el FI, la discusión deberá ser resuelta por el

FCA; y en el caso de que el JC coincidiera con el FI confirmando archivo o desestimación de la denuncia, si bien esa decisión es apelable por el querellante, el nuevo examen dependerá *sine qua non* del mantenimiento de la impugnación por el representante del MPF que deba actuar ante el tribunal de apelación, sin olvidar que en los casos previstos en el art. 359 tiene vedado el acceso a la segunda instancia.

En este punto del desarrollo, hemos de cuestionarnos sobre la adecuación del el CPP con los pactos internacionales en los casos de postura desinriminatoria del MPF. Sobre el tema, una importante exponente de la doctrina local²² ha dicho que [...] *la reglamentación formulada por la ley procesal, cuando condiciona el derecho de los particulares a recurrir en contra de resoluciones, sobre la base de que la ley del rito, si bien les reconoce el derecho de recurrir el archivo (art. 334), el sobreseimiento (arts. 352 y 471) y la sentencia absolutoria (art. 471), impone como condición necesaria para su consideración por el Tribunal competente que su recurso sea mantenido por el fiscal que actúa por ante ese tribunal, estableciendo que, si este funcionario no lo hace, “las actuaciones serán devueltas enseguida por decreto” (art. 464).* Adherimos a la conclusiones de la autora, que postulan que la ley de rito ha alterado sustancialmente los derechos del QP cuando dispone que el desistimiento del recurso operado por el Fiscal *ad quem*, imposibilitan al tribunal de alzada tomar conocimiento de los agravios esgrimidos y poder resolver el conflicto suscitado; ya que al no mantener los argumentos del agraviado, la actuación del MPF desestructura el sistema normativo regulado por la Convención Americana

²² GORGAS, María de los Milagros: *El “nuevo” rol de la víctima en una investigación eficaz a la luz de las últimas soluciones jurisprudenciales en la provincia de Córdoba*, nota a fallo “Actuaciones Labradas con motivo del control jurisdiccional

presentado por Zeverín, Alejandro en autos “Bonfigli, Mario Alberto y otros pssaa Concusión”, AI n° 215, 04/10/05 del Juzgado de Control n° 6 de Córdoba, publicado en *Actualidad Jurídica de Córdoba*, año III, vol. 54, 2005, págs. 3511/3512.

Sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” (CADH), convirtiendo al Ministerio Fiscal en el decisor último del derecho de la víctima, impidiéndole el acceso a los derechos de “acceso a la justicia”, “tutela judicial efectiva” y “debido proceso” contemplados en la normativa constitucional por aplicación de los artículos 8.1 y 25 de la convención referida.

De lo hasta aquí expuesto, se hace evidente lo vacío que sería hacer referencia a las garantías recientemente expuestas, por cuanto la víctima carece de facultades autónomas para atacar las resoluciones que entienda arbitrarias, impidiéndole defender los derechos lesionados por el accionar delictivo. Tal privación injustificada, **desconoce la igualdad de las partes** (acusado y acusador –tanto público, como privado-) **ante la ley, debiendo recordar que, en cambio, la norma adjetiva local le reconoce un derecho autónomo a tal efecto al imputado.**

En el mismo sentido, el sometimiento establecido por el CPP sobre el progreso del recurso incoado por el QP no hace sino vincular el resultado de la pretensión de la víctima a la voluntad del órgano público, con lo que **una de las partes** (el acusador público), **le niega a otra** (el acusador privado) **el derecho a obtener una decisión de un tribunal judicial competente, restringiendo así su derecho de acceder a la jurisdicción.**

Con todo ello, resulta a todas luces evidente que el procedimiento establecido por el CPP deviene inconstitucional por resultar incompatible con el **derecho al “recurso efectivo”** que explicita el art. 25 de la CADH, ya que no constituye un remedio apropiado para sustentar el **derecho de “acceso a la justicia”** de quien resulte ser la víctima de un hecho delictivo. Tal es así, por cuanto el QP **no fue “oído”** por el FI antes de la solicitud de sobreseimiento, ni por el JC al otorgarla, y tampoco cuando el FCA decide desistir de la impugnación incoada por este sujeto procesal eventual, lo que violenta en forma evidente e indiscutible sus derechos de **“defensa y de tutela judicial efectiva”**.

En contra de la letra cristalizada de la norma, se ha producido en los últimos tiempos una tendencia que se encamina hacia la modificación jurisprudencial del sistema estipulado en la norma procesal local. Así, en fallos²³ de la CSJN y de nuestros tribunales locales ya se ha resuelto que es inconstitucional subordinar el resultado de la apelación del QP a que el MPF mantenga sus argumentos ya que ello impide a la víctima ejercer sus derechos, sobre todo el ejercicio de la acción penal pública en procura de la tutela judicial efectiva; impidiendo al tribunal de alzada el libre análisis de la procedencia formal y sustancial de dicho recurso, despojando de contenido a los derechos receptados por los arts. 8 incs. 1º y 2º “h”, 24 y 25 CADH²⁴.

²³ CSJN *in re* “Santillán” (Fallos 234:270; LL 82-537), 1998 y “Cantos”, 2001 fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Córdoba: Cámara de Acusación *in re* “Montrasi, Eduardo Alberto psa Estafa Reiteradas – Recurso de Queja interpuesto por Querellante Particular y Actor Civil – Adriana Olga Serjan”, AI de fecha 23/10/02; Cámara Novena del Crimen, AI de fecha 27/10/04 en autos Buonanotte, Carlos Federico y otro pssaa Homicidio Culposo”; Cámara Séptima del Crimen *in re* “Sengiali, Hugo Emilio psa Malversación de Caudales Privados”, AI de fecha 03/03/05, aún cuando el planteo de inconstitucionalidad no fue

presentado oportunamente, conforme el dictamen de la Cámara Quinta del Crimen de “Amoedo”.

²⁴ Art. 8 Garantías judiciales. Inc. 1º: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Inc. 2º [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas:

Por la importancia del precedente en nuestro fuero local hemos de traer a colación que nuestro máximo tribunal de la provincia revocó por “contrario imperio” un decreto de su Sala Penal que había inconsiderado un recurso del querellante particular por no haberse cumplido el requisito exigido por la ley de rito del mantenimiento de la postura por el Fiscal General, lo que implica que por aplicación del aforismo “quien puede lo más, puede lo menos”, si ya no es exigible el mantenimiento de la postura del agraviado por el MPF, no podrá exigírsele para las apelaciones.

Pese a la novedad del fallo, no podemos olvidar que ya en el año 2003, el Dr. José Ignacio Caferatta Nores había expresado su postura al respecto, manifestando que *el principal fundamento de la persecución penal pública radica en que el delito “lesionó el derecho de una persona”, cuya protección requiere que el ilícito sea verificado por el Estado y en su caso penal con arreglo a la ley. De lo expuesto queda claro que la tutela efectiva le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito, quien tiene el derecho, derivado simplemente de su condición de víctima, de reclamar al Estado el enjuiciamiento del autor y de lograr la aplicación de las sanciones correspondientes previstas por la ley penal. El nuevo sistema constitucional iluminado por todas las interpretaciones de los organismos supranacionales sobre la normativa de derechos humanos incorporada, reconoce la noción de*

protección penal a la víctima. Si el Ministerio Público no ejercita la acción penal, esta inactividad o actuación desincriminatoria no puede perjudicar los derechos de los particulares víctimas de delitos, a los que deben acordársele vías legales para lograr la reparación jurisdiccional de ese “perjuicio” que el fiscal ocasiona a su “derecho”, que no dependan de la voluntad del fiscal²⁵.

Con el ánimo de sintetizar los argumentos centrales de la tesis del maestro, diremos que la normativa supranacional le acuerda a la víctima un derecho legítimo a la jurisdicción y a la doble instancia, garantías que conforman el llamado “derecho a tutela judicial efectiva”, que no puede ser limitada imponiéndole el acuerdo del MPF para la interposición de recursos que tengan como fin la reparación de los derechos vulnerados con motivo del hecho delictivo (art. 446 CPP).

Se ha dicho como crítica que, ningún derecho es absoluto, pues la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, admitiendo entonces una limitación que les sea impuesta por las leyes que los regulen. Sin embargo, el art. 28 de la CN establece que *Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.* En el mismo sentido se expresa la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH) y la CADH que establecen tal

apartado “h”: Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Art. 24: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Art. 25: Protección Judicial. Inc. 1º Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la

Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

²⁵ CAFERATTA NORES, José Ignacio: *Derecho a la justicia del querellante y posición desincriminatoria del Ministerio Fiscal*, en *En torno al querellante particular*, Caferatta Nores y otros, Ed. Advocatus, Córdoba - Argentina, 2003, págs. 21 y 22.

limitación con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática (art. 29 inc. 2º) y por la seguridad de todos por las justas exigencias del bien común (art. 32) respectivamente.

Asimismo, La Convención Americana de los Derechos Humanos establece el derecho de toda persona a **ser oída por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley** (en consonancia con lo establecido por la CN en su art. 18 ya mencionado, **en un plazo razonable**. Ese “derecho a la jurisdicción” le corresponde a cualquier persona y se aplica a cualquier rama del derecho; por lo tanto también le es aplicable a la víctima, con el fin de obtener la decisión de un juez o tribunal competente.

El mismo plexo normativo establece el derecho de toda persona a contar con los recursos efectivos ante los jueces o tribunales competentes *que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*. Gozando de rango constitucional, ello implica que tiene el derecho a la protección judicial –mediante la interposición del recurso- no puede ser interpretado de tal forma que resulte restringido. Es por aplicación de los arts. 8.1 y 25 CADH que los derechos que podemos sostener que debe ser un juez o tribunal competente el que resuelva el recurso sin limitaciones para amparar a la víctima, tal lo establecido por la convención referida.

²⁶ Interpuestos por los querellantes particulares Marilyn Fauda y Nelson Rubén Gonella, en contra de la Sentencia n° 161 de fecha 28/12/05 dictada por

Con respecto a la igualdad de los derechos de la víctima y el acusado en materia de recursos, se puede obtener una síntesis de la doctrina del a CSJN –por ej. en Fallos 307:484 y 312:2480, entre otros- la cual explicita la “garantía al debido proceso legal” a toda persona a la cual se le haya reconocido por ley personería para actuar en juicio a fin de defender sus derechos, en el carácter en el que actúe con el fin de obtener una sentencia fundada y dictada conforme a un proceso que ocurra conforme a lo establecido por la ley; y ello porque existe siempre un interés institucional en la en que se le repare la lesión sufrida a su BJP, lo que está amparado por la CN y las leyes dictadas conforme a ella. Ello hace evidente que no se pueda sustentar la postura que otorgue tratamiento diferencial de ningún tipo a aquellos que acudan por ante un tribunal para hacer valer sus derechos. Así, ha dicho la CSJN que *al precisar qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la Constitución Nacional, ha dicho que esa norma exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales* (Fallos 125:10, 127:36, 189:34 y 308:1557 entre otros), dotando así de contenido constitucional al **principio de la bilateralidad o derecho a la paridad de armas** sobre cuya base el legislador esta sujeto a reglamentar el proceso criminal.

Con el fin de resaltar la postura en la que nos situamos, citaremos textualmente la Sentencia n° 184 dictada por la Sala Penal del TSJ de Cba. con fecha 10/08/07 *in re* “Almada, Moisés Alexis y otros p.ss.aa. Robo Doblemente Calificado, Etc. -Recurso de Casación-” (Expte. A-007/06)²⁶ dijo: [...] *Acaso podría aceptarse la legitimación del querellante particular*

la Excm. Cámara del Crimen de la ciudad de San Francisco.

para impugnar sentencias condenatorias, cuando la pena impuesta resulte absurda – por su manifiesta desproporción- con la pretensión punitiva manifestada por el acusador privado, y la Sentencia n° 92 dictada con fecha 24/05/07 por la Sala Penal del TSJ Cba. en los autos “Denuncia formulada por BELLOTTI, Carlos Emilio –Recurso de Casación e Inconstitucionalidad-” (Expte. D-014/05)²⁷, donde: [...] *El quejoso explica que peticiona la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 464, 334 último párrafo, 471, 476 y 484 del C.P.P., esto es, toda norma que subordine el recurso de los querellantes particulares a la opinión del Ministerio Público Fiscal. En el sub examine, el artículo 464 en relación con el 334 última parte, ya ha sido invalidado por el Tribunal a quo. Funda su pretensión en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Otto Wald” y “Santillán”, de los cuales surge que la víctima también goza de las garantías del debido proceso y –en particular– del derecho de apelar e impulsar el trámite aunque el Ministerio Público no lo haga. Resulta absurdo que si el Alto Tribunal otorga tal reconocimiento al acusador privado, una ley provincial subordine su recurso de apelación o el de casación al criterio de un funcionario que carece de jurisdicción. [...] la regla que subordina al mantenimiento por el Ministerio Público la impugnación de los que ya se encuentran constituidos como acusadores privados (CPP, 464; T.S.J., Sala Penal, S. n° 79 del 17/5/07, “Bonfigli”). Es que el carácter adhesivo que la ley procesal ha conferido al querellante particular lo es en la medida en que éste coadyuva a la tarea del*

Ministerio Público, "para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado [...].

Concluimos trayendo a colación el interrogante planteado por el Dr. Bidart Campos²⁸: *¿Es constitucional y es justo que la víctima dependa inexorablemente del fiscal como para que la acusación que efectúa en su querrela carezca de todo valor y de todo efecto si es que el fiscal no acusa y pide la absolución del procesado?* Y se contesta: *No, no es constitucional ni justo que la víctima dependa del fiscal, por ello es que la legitimación procesal es una cuestión constitucional.*

Siguiendo a la Ab. Liliana Beatriz Zeballos, diremos que el derecho, está al servicio de la administración de justicia, y lo mismo ha de suceder con el MPF cuyo fin social es la defensa de la sociedad. Por tal razón, la existencia del juez queda privada de sustento cuando el fiscal no asume el rol que le compete. Así, cuando el legislador no supo o no pudo investir al MPF de esta función, tuvo que salir el pretor –mediante la jurisprudencia y los precedentes- a subsanar esta deficiencia, bajo el control de constitucionalidad.

2) IPP Fiscal e IPP Jurisdiccional:

Siguiendo el desarrollo de las facultades impugnativas del Querellante Particular, el artículo 334 en el marco de la IPPF se contradice con el artículo 342 en el marco de la IPPJ-que regula el archivo de las actuaciones-, disponiendo este último la **habilitación de un recurso absolutamente autónomo** al QP tendiente a lograr el rechazo del archivo dispuesto

²⁷ Con motivo de los Recursos de Casación e Inconstitucionalidad interpuestos por el Dr. Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, en contra del Auto n° 177 de fecha 11/10/05, dictado por la Cámara de Acusación de esta Ciudad.

²⁸ BIDART CAMPOS, Germán: *Los roles del Ministerio Público y de la víctima querellante en la*

acusación penal. La Ley, tomo 1996, citado por Liliana Beatriz Zeballos en *Legitimación Procesal y Víctima: una cuestión no procesal*, ponencia publicada en la página web de la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

por el Juez. Así, para la apelación del sobreseimiento, el art. 352 CPP limita indebidamente la amplitud de los poderes de la Querrela, y resulta incongruente con el artículo 342 del mismo dispositivo legal²⁹.

3) La “condena en costas” del QP:

Si bien puede resultar reiterativo de lo expuesto en el punto número uno, debemos decir que las garantías en ella desarrollada, evidencia la postura crítica en cuanto a la violación de los derechos y garantías reconocidas por la Constitución Nacional, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados con igual jerarquía, las Constituciones Provinciales y todas las leyes (sustantivas y adjetivas) que se dicten en consecuencia de la norma fundamental de nuestro país.

Sin embargo, la sola remisión a la enunciación de los cuestionamientos constitucionales que desarrolláramos con anterioridad, no resulta comprensivo del problema planteado en cuanto a la condena que puede recaer sobre el Querellante Particular en caso de que el imputado resulte desincurado por el Archivo o la Absolución en la causa que se sigue en su contra. Por ello, debemos decir que el mismo debe tener la posibilidad –libre de todo sometimiento legal, v. gr. el mantenimiento del MPF de los agravios que esgrima- de interponer todos los recursos legales que le sean posibles a los fines de poder ejercer las facultades enunciadas en el CPP, a saber “para acreditar la existencia del delito y la participación punible del imputado, recurrir las resoluciones jurisdiccionales que sean

adversas a sus intereses o favorables al imputado” (cfme. Art. 94).

Ello se debe a que el posible perjuicio económico y social que puede devenir de las resoluciones favorables al imputado pueden deberse a diversas razones, como la subjetividad en la valoración de la prueba recolectada, la etología³⁰ del representante del Ministerio Público y/o de la Judicatura interviniente en la tramitación de los autos, e incluso la inacción o la aplicación de los recursos materiales y humanos a causas de mayor complejidad y/o importancia (por ej. en virtud de las “Instrucciones” impartidas por el Fiscal General de la Provincia – dependiente del Poder Judicial, y jerarca del MPF de Córdoba-). Con ello, no se puede condicionar el derecho de defensa y el ejercicio de los derechos en general de los que goza el QP a la actuación en consuno del MPF, ya que podría ocurrir que el perjuicio económico (v. gr. la condena en costas) se produjera como consecuencia del acaecimiento del dictado de una sentencia de sobreseimiento en virtud del inc. 4º del art. 350 del CPP, es decir la figura de la “Prescripción”, no habiéndole permitido al damnificado oponer las defensas o la insistencia en la valoración de prueba que considere pertinente y útil a los fines de acreditar el hecho y/o la participación del imputado en los hechos, que pudiera haber sido desestimada o minusvalorada por el MPF (Fiscal de Instrucción y Fiscal de Cámara).

4) La prohibición del art. 91 CPP en los hechos con imputados “menores”:

El trato diferencial a los damnificados según sean los imputados mayores o

²⁹ Cfme. JOSÉ DE CAFERATTA, Cristina del Valle: *El Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley n° 8123 Reflexiones Críticas*. Ed. Alveroni, Córdoba - Argentina, 1996, pág. 93 y ss.

³⁰ Rama de la biología que implica el estudio del comportamiento o conducta animal (incluido el hombre), que debe su denominación al naturalista

francés Isidoro Geofroy Saint Hilaire; del griego ethos, costumbre y logos, estudio. En cuanto a la conexión con el ámbito del derecho y la predicción del resultado de los conflictos judiciales, véase “Teoría General de la Argumentación” de Armando Segundo Andruet (h), Ed. Alveroni, Córdoba – Argentina, 2000.

menores de edad (para el sistema penal de nuestro país), viola las garantías constitucionales de “Igualdad ante la ley” y “Acceso a la Justicia” y a la “Tutela Judicial Efectiva”. Por ello, entendemos que debería regularse su intervención de tal forma que, aplicando el juego de pesos y contrapesos (“**método de balanceo**” o “**balancín test**”), se consideren tanto el “Interés superior del niño”, cuanto los derechos de las víctimas en este tipo de hechos delictivos para constituirse en Querellantes Particulares, sobre todo teniendo en cuenta el carácter adhesivo de los mismos en la normativa procesal local.

Brevitatis causam, volvemos a transcribir parte de la sentencia n° 184 emitida por la Sala Penal del TSJ (ya citada), la cual realiza un análisis de la normativa constitucional y desarrolla la teoría del método del balanceo. Así, ha dicho: *Recuérdese que este Tribunal Superior ha hecho aplicación ya, en reiterados precedentes (T.S.J., Sala Penal, “Caruso c/ Remonda”, S. n° 108, 9/9/1999; “Sánchez”, S. n° 45, 8/6/2000; “Martínez Minetti”, S. n° 51, 21/6/2000; “Bustos c/ Soria”, S. n° 57, 23/6/2000; “Toledo”, S. n° 64, 5/7/2001; “Benguíat”, S. n° 62, 16/8/2002; “Benguíat”, S. n° 67, 2/9/2002), del método de interpretación de las normas jurídicas llamado “balancín-test”, por el cual no todos los derechos fundamentales son ilimitados sino que debe tenerse en cuenta la concurrencia de otros valores que el ordenamiento jurídico también protege. Así, en hipótesis en las que existen conflictos entre derechos o intereses de igual rango normativo –como sucede en el presente caso, en el que se ven involucrados los derechos del querellante particular y el principio de “paridad de armas”- deben ponderarse todos los derechos como limitados, analizando en cada caso concreto -como hemos hecho en las líneas que anteceden- la razonabilidad de la restricción de uno por otro. Por lo demás, parece pertinente remarcar que el*

“bloque de constitucionalidad” conformado por la C.N. y los tratados internacionales a ella incorporados (art. 75, inc. 22, C.N.) reconoce al imputado un específico derecho a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior (art. 8.2.h. C.A.D.H.), pero no consagra de modo expreso el mismo derecho en relación con la víctima del delito, cuyos intereses y expectativas, como vimos, resultan abarcados por la tutela que se desprende de los derechos a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva, enunciados mediante fórmulas lingüísticas cuya amplitud requieren una detenida ponderación –como la que aquí realizamos- que involucre todos los derechos en juego y permita, así, identificar los poderes jurídicos en ellos comprendidos.

Teniendo en cuenta este particular método de interpretación y aplicación de las normas constitucionales, transcribimos las partes pertinentes de los documentos internacionales que resultan aplicables para el tema en desarrollo. Así, la CADH estipula: *Parte Primera: Deberes de los Estados y Derechos Protegidos. Capítulo I: Enumeración de Deberes Art. 1. Obligación de respetar los derechos. Inc. 1° Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Art. 2: Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el derecho y libertades mencionadas en el art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las*

disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (la negrita nos pertenece).

En el mismo sentido, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) regula en su Parte III: *Art. 14.1: Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil [...].*

5) Juicio Abreviado Inicial art. 356 CPP:

Incorporado a nuestro CPP por Ley Pvcial. n° 8658, este procedimiento fue pensado para aquellos procesos en los que obre en autos **evidencia palmaria** de la participación y la existencia de los hechos, lo que puede deberse a la aprehensión en flagrancia del imputado o a situaciones equivalentes que permitan este “adelanto del juicio”, pudiendo solicitarlo desde la presentación del aprehendido hasta la clausura de la IPP.

Para mencionar algunas de sus ventajas, diremos que se obtiene mayor celeridad en los tiempos procesales ya que se respetan las garantías constitucionales al imputado y se posee prueba valorable sin complejidad alguna. Asimismo, se logra racionalizar los recursos de la administración de justicia, y permite que los tribunales de juicio concentren su actividad en aquellos casos que presenten complejidad. Habilita la solicitud de **“Probation o Suspensión del Juicio a Prueba”** (CP, art 76 bis, ter y quáter); que evita el posterior juzgamiento y la eventual condena –con lo que sortea evita la “pena del banquillo”-, logrando la extinción de la

Acción Penal por el transcurso del tiempo, conduciendo así al Sobreseimiento por Prescripción previsto en el art. 350 inc. 4° CPP, para los casos en los que se cumplan las condiciones de prueba durante el término fijado por el juez. Finalmente, la vez que posibilita la reparación a la víctima (aún la no constituida en Actor Civil), y en los delitos de “bagatela” se accede con mayor celeridad a las modalidades de flexibilización del encierro y aun a la sustitución de este a través de los trabajos para la comunidad en caso en que recaiga sobre ellos condena.

A los fines de la mayor comprensión del tema, transcribiremos las partes pertinentes del art. 356 CPP (texto según art. 19 ley 8658) la cual establece que: *Desde la oportunidad prevista en el primer párrafo del artículo 278, hasta la clausura de la investigación penal preparatoria, el imputado en presencia de su defensor, podrá solicitar la realización del juicio abreviado sobre el hecho que motivó su aprehensión. Siempre que estuvieren de acuerdo el Juez y el Fiscal de Instrucción con la petición expresada, una vez formulada la acusación, [...] se realizará el juicio de conformidad al trámite previsto por el artículo 415 [...] Si el Juez de Instrucción no presta conformidad al procedimiento o acuerdo alcanzado, o si habilitado el mismo el imputado se retracta, se remitirán nuevamente las actuaciones al Fiscal de Instrucción a los fines del artículo 357 [...].*

De la simple lectura del artículo citado, se desprende que es requisito *sine qua non* que la petición surja del propio imputado con la asistencia de su defensor, debiendo respetarse las garantías constitucionales del art. 18 CN y concordantes, pero **no se exige el acuerdo del querellante particular** (aunque ya ha dicho importante doctrina que *sería conveniente que, al menos, este sujeto*

procesal sea informado y escuchado antes de que se materialice el acuerdo)³¹.

Con respecto a la crítica recientemente expuesta, Maximiliano Hairabedián ha confirmado que la norma no regula la necesidad de que los otros sujetos procesales deban prestar acuerdo en este tipo de procedimiento. Así, la figura que lleva el mismo nombre regulada en el art. 415 del CPP Cba., *requiere para el acuerdo de efectuar el juicio abreviado, la conformidad de todos los sujetos intervinientes en la relación procesal, ya sea directa (Tribunal y Fiscal) o a través de sus defensores (imputado, querellante particular y de las partes civiles). Repárese, que cuando la norma aludida se refiere a los que deben estar de acuerdo, nombra al Tribunal, Fiscal “y los defensores”. Esta última palabra, como puede observarse, está en plural, y la norma sin distinción o exclusión alguna. La regulación se refiere genéricamente a los “defensores”, sin especificar si son de un sujeto del proceso u otro. Para el Código, los “defensores”, pueden ser del imputado, del querellante particular y de las partes civiles (Libro I, título V “Partes y Defensores”, Capítulo VI “Defensores y Mandatarios”, arts. 118, 125 y cc.)*³².

6) La omisión del QP en la “clausura incriminatoria” de la IPP:

Artículo 357: *Las conclusiones del requerimiento fiscal serán notificadas al defensor del imputado quien podrá, en el término de tres días, oponerse instando el sobreseimiento o el cambio de calificación legal. En este supuesto, las actuaciones serán remitidas de inmediato al Juez de Instrucción. De la simple lectura del artículo citado, se hace evidente que se ha*

excluido al QP de este trámite, y sólo se le permite participar cuando una norma expresa lo autorice así (por ej. el art. 19); mas no debemos olvidar que tiene derecho a recurrir el sobreseimiento que se dicte como fruto de la oposición de la defensa a la elevación a juicio. Así, el art. 352 individualiza a quienes se encuentran legitimados para interponer el recurso de apelación contra la sentencia de sobreseimiento. [...] El querellante particular también se encuentra legitimado para pelar (con los límites de los arts. 334 y 464), salvo en el caso en que el sobreseimiento haya sido dictado por el juez con motivo de la discrepancia. Este procedimiento se articula cuando el fiscal insta el sobreseimiento y el juez no está de acuerdo, es decir, discrepa [...], situación que el código resuelve –tal como lo hacía el texto legal anterior a la reforma de la ley n° 8123- haciendo intervenir al superior jerárquico del Ministerio Público (Fiscal de Cámara), en tanto se trata de la continuidad del proceso para permitir la acusación y luego el juzgamiento. Si éste comparte el requerimiento del Fiscal de Instrucción, al juez se le devuelve una jurisdicción condicionada, ya que deberá dictar controversial no se vincula con este mecanismo, propio de la profundización del acusatoria formal y de antigua data entre nosotros, sino con que, en tal situación, el querellante carece de recurso a fin de impugnar el sobreseimiento. Y es controversial, porque en la situación actual, las garantías constitucionales no son monopolizadas por el imputado, sino que muchas de ellas son claramente bilaterales, puesto que incluyen también a la víctima [...]. Entre las garantías comunes para la víctima y el acusado se encuentran, justamente, la de “igualdad

³¹ CAFERATTA NORES, José I. y otra: CPP de Córdoba Comentado. Ed. Mediterránea, Córdoba - Argentina, 2003, págs. 108/110.

³² HAIRABEDIÁN, Maximiliano: *El Rol del Querellante Particular en el Juicio Abreviado*. En

Semanario Jurídico n° 1218 s/d y *Justicia Penal y Seguridad Ciudadana*. Contactos y Conflictos, Caferatta Nores, José Ignacio y otros, Ed. Mediterránea, Córdoba - Argentina, 2000, págs. 201/204.

ante los tribunales” y el “acceso a la justicia y defensa en juicio”: ello ha determinado que se declare la inconstitucionalidad de este art. 352 (y del art. 464), en el supuesto previsto por el art. 359³³.

La doctrina nacional ya ha planteado un interrogante plenamente aplicable al caso, que surge de la resolución de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en el fallo “STORCHI. Nulidad. Homicidio culposo”, de fecha 8/3/04, en el cual el Dr. Bruzzoni preguntó: **es legalmente posible elevar a juicio una causa donde se debe juzgar un delito de acción pública con la solo acusación del querellante?** La respuesta, a mi criterio es afirmativa: Sí es legalmente posible luego de lo establecido por la CSJN en el fallo Santillán [...] En consecuencia, no resta más que concluir que si el máximo tribunal ha investido al acusador privado de la autonomía necesaria para impulsar al proceso.

Por tal razón, debería ser reformado el artículo citado precedentemente de forma tal de que la resolución le sea notificada a “todas las partes” que estén constituidas como tales en el proceso, a fin de que hagan valer sus derechos y ejerzan las defensas que pudieran oponer en cuanto a la valoración del hecho, la calificación legal, etc. y a fin de poder ejercitar más fácil y rápidamente sus derechos recursivos. De no ser así, al menos la práctica profesional de los fueros locales debería receptar estas recomendaciones y comenzar a notificar tales resoluciones, con el ánimo de que con el tiempo se vuelva una práctica uniforme

³³ CAFERATTA NORES, José I. y otra. Op. Cit., pág. 97.

³⁴ CARRERA, Daniel Pablo: *Criminalidad y prevención del delito*, Cuadernos de Prevención, Instituto de Estudios para la Prevención del Delito, Advocatus, Córdoba - Argentina, 1994, pág. 9. Citado por María Cristina Barberá de Riso en *Reglas penales constitucionales*. Ed. Mediterránea, Córdoba - Argentina, 2005, pág. 219.

que derive en una “costumbre” (con la implicancia de tal término en lo jurídico) o que fuerce a una reforma de nuestro plexo normativo que considere esta necesidad.

Conclusión

Cuando el delito pasa a ser un fenómeno social, se llama “criminalidad”, y ella por su impacto en la sociedad actúa de manera tal que logra instalar un sentimiento de inseguridad colectiva en la sociedad en la que está inserta. Es por ello que el Estado debe preocuparse para desterrar este sentimiento, instalando en su lugar la sensación de seguridad. Lamentablemente, ha estado utilizando hasta el momento como herramienta principal una de carácter formal. Pero está aceptado que la sola punición no contiene al delito en grado suficiente para proporcionar seguridad³⁴ y que la misma se logrará con mayor rapidez si toda la sociedad se suma a la tarea, ya que no es deber solamente del Estado el procurarla³⁵.

Siguiendo a la Dra. Barberá de Riso, diremos que existen remedios procesales que sirven para intentar reparar el daño producido por el accionar delictivo y evitar que las víctimas ejerzan “justicia por manos propias” o se venguen de los sujetos que resulten imputados en el proceso penal en las distintas etapas del mismo. Así, la autora mencionada³⁶ refiere que: *Dentro de los remedios no sumarios, operan: a) la*

³⁵ VIANO, Emilio: *Tácticas (medidas) de los ciudadanos para prevenir el delito*. Cuadernos de Prevención, Instituto de Estudios para la Prevención del Delito, Advocatus, Córdoba - Argentina, 1994, pág. 21. Citado por María Cristina Barberá de Riso, op. Cit.

³⁶ Op. Cit. Págs. 239/240.

nulidad contra actos que no respeten principios básicos como, por ejemplo el de legalidad y humanidad o ignore el derecho de las víctimas que pueden viabilizarse a través de recursos de reposición y de apelación³⁷ y las vías impugnativas de carácter extraordinario tales como los recursos de casación y revisión, provinciales y nacionales y extraordinario para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. [...] Las Constituciones Provinciales establecen también acciones originarias directas³⁸. La acción o demanda de inconstitucionalidad ha sido considerada de carácter preventivo y se particulariza por ser declarativa y procede cuando la norma impugnada no ha sido efectivamente aplicada, procurando impedir su ejecución. Se le asigna carácter represivo cuando se presupone la aplicación al caso concreto, del dispositivo legal cuestionado, persiguiendo el demandante la reparación del derecho presuntamente vulnerado³⁹.

Ya el Dr. Clariá Olmedo⁴⁰ había manifestado su posición favorable con respecto a la participación en forma activa del QP en el proceso penal, para el ejercicio de sus derechos vulnerados. Así, manifestó que: *Nosotros no dejamos de simpatizar con la posibilidad de intervención del ofendido, actuando como querellante conjunto al lado del funcionario del Ministerio Fiscal. [...] lo vemos con simpatía desde un punto de vista utilitario [...]. Correctamente reglamentada, la intervención en el proceso penal de la víctima del hecho podría significar un útil resorte para el control de la función*

pública, propensa a burocratizarse descuidando con facilidad el interés social cuando el incentivo privado está ausente. Las estadísticas de casi toda la República demuestran que se prescriben en mayor número las causas por hechos de penalidad media o menor cuando no interviene en ellas el ofendido como querellante o, por lo menos, el damnificado como Actor Civil. Por otra parte, la colaboración de estos sujetos eventuales del proceso ha de contribuir a esclarecer la verdad sobre el hecho y la responsabilidad de su autor, más que a oscurecerlas, si se controla eficazmente su actividad, y nada impide que quien se titule ofendido pueda pretender penalmente, pidiendo condena y fundamentando ése su pedido si se tiene en cuenta que es el titular del bien jurídico socialmente tutelado por las normas penales. Escasas son las denuncias que no provienen de quienes se titulan ofendidos, máxime con respecto a aquellos casos en los cuales sólo ellos pueden formularla, y es lógico que puedan pretender el éxito de esa inicial gestión ante los órganos de justicia, como reparación de su honor, satisfacción de sus humanos sentimientos o restauración de su alterada convivencia. Todo esto no se salva con una simple indemnización pecuniaria [...] Es indispensable permitirle una colaboración en la administración de la justicia, para proporcionar al Ministerio Fiscal y al Tribunal elementos de cargo o de convicción que podrían escaparse y argumentar sobre ellos para vivificarlos en el ánimo del juzgador. A su vez no es posible evitarle la posibilidad de mantener la instancia e impulsar el proceso cuando

³⁷ CPP de Córdoba, arts. 185, 186, 449 y 452.

³⁸ Const. Pvcial. de Córdoba, Art. 165 inc. 1º apartado "a".

³⁹ TSJ de Córdoba en pleno, autos "Aguirre Domínguez, José Manuel y otra pssaa defraudación calificada Reiterada – Recurso de Inconstitucionalidad", Sentencia nº 76, 11/12/97. Vocales Ferrer, Tarditti, Cafure de Batistelli, Kaller de Orchansky, Sesín, Lafranconi, Dragotto. Fallo

publicado en Foro de Córdoba nº 43, fallo 60, pág. 133. Mandelli, Adriana: *Doctrina Judicial, Jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 1994-1999*. Ed. Mediterránea, Córdoba - Argentina, 2000, pág. 31.

⁴⁰ CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ediar Sociedad Anónima de Editores, Tomo II, Córdoba - Argentina, 1961, págs. 351/352.

no lo haga, o lo practique en forma incorrecta el Ministerio Público o el propio Tribunal (lo resaltado en negrita nos es propio).

A estas alturas del desarrollo del tema que nos ocupa, debemos hacer notar que la doctrina y la jurisprudencia consideran que la víctima no puede ser indiferente para el proceso. Por ello, gracias a la incorporación de los Pactos y Convenciones Internacionales a la normativa constitucional y a la tendencia integradora de la jurisprudencia en nuestro país, adherimos al pensamiento del Ab. Carlos Parma quien considera que es indiscutible la idea de *reconocer que se han violado derechos humanos fundamentales a quines han sufrido las consecuencias de un delito y por tal motivo merecen aparo legal*⁴¹. Por ello, hacemos notar que en la actualidad se puede observar una propensión hacia la reinserción en el proceso del acusador privado, en donde de a poco se le reconoce a la víctima una participación cada vez mayor cuando se los incorpora al mismo en cualquiera de los tipos de querellante desarrollados al comienzo, con el fin de facilitar la participación de la sociedad en la administración de justicia –sobre todo en la penal-, habilitar el control de la sociedad civil sobre los funcionarios encargados de la persecución estatal, y con ello aumentar la eficiencia de la política persecutoria.

Así, y conforme *criterios jurisprudenciales recientes en la provincia de Córdoba, no puede decirse que la intervención del querellante particular en el procedimiento sea adhesiva o simple, en la medida en que se le ha conferido una considerable autonomía de gestión procesal. Ello es así, porque ha sido dotado de amplias facultades de impulso del proceso, de aporte de elementos de prueba*

*y de argumentación y contradicción sobre el mérito de esta última y de las cuestiones jurídicas que pudiese suscitarse en el curso de la causa. Esta autonomía de gestión se evidencia al poner a su disposición recursos para provocar el control de los tribunales de alzada respecto de la actividad del fiscal, independientemente del “mantenimiento”, “adhesión” o “sostenimiento”, del ministerio público, lo que proporciona un atendible argumento para considerar que las facultades del querellante exceden las de un acusador adhesivo. En la medida en que la actividad procesal conferida no sujeta el derecho de postulación del querellante a la opinión en contra del ministerio público, su carácter parece aproximarse a la del acusador particular conjunto, definido por Clariá Olmedo como el que actúa como sujeto eventual del proceso, en forma autónoma de la actividad del acusador público y permite a la probable víctima de un hecho intervenir durante todo el proceso y desde su inicio, ejercitando la acción penal conjuntamente con el órgano público*⁴².

En la creencia de que este trabajo arrojará algo de luz en los operadores jurídicos de nuestra provincia, hemos intentado dar nuestra humilde opinión y tratado no solamente de criticar la norma, sino también ofrecer algunas soluciones prácticas a los problemas que hemos ido advirtiendo en la aplicación directa de la misma, haciendo notar la colisión entre las normas constitucionales y las dictadas en su consecuencia (v. gr. CPP de Córdoba), situación que se aplica a la mayoría de los casos desarrollados en el presente trabajo.

⁴¹ PARMA, Carlos: *La víctima en el proceso penal*. Ed. Astrea, artículo publicado en el sitio web <http://www.carlosparma.com.ar>

⁴² GORGAS, María de los Milagros, op. Cit., pág. 3514.

Bibliografía

- AROCENA, Gustavo A. *La víctima del delito, el querellante particular y la coerción personal*, en *En torno al Querellante Particular*, Caferatta Nores, José I. y otros, Ed. Advocatus, Córdoba - Argentina, 2003.
- AROCENA, Gustavo A. *Apuntes sobre los alcances de la Intervención del Querellante Particular en el Procedimiento Penal Cordobés – O: Sobre la Adecuación Constitucional del Modelo Adhesivo de Querellante en los Juicios por Delito de Acción Pública*. En *Pensamiento Penal Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, año V, n° 9, 2004, Ed. Mediterránea, Córdoba - Argentina, 2004.
- BARBERÁ DE RISO, María Cristina. *Reglas penales constitucionales*. Ed. Mediterránea, Córdoba - Argentina, 2005.
- CAFERATTA NORES, José Ignacio. *Derecho a la justicia del Querellante y Posición desincriminatoria del Ministerio Fiscal (a propósito de los arts. 332, 352, 359 y 464 del CPP de Córdoba)* en *En torno al Querellante Particular*, Caferatta Nores y otros, Ed. Advocatus, Córdoba - Argentina, 2003.
- CAFERATTA NORES, José Ignacio y otra. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*. Dos Tomos, Ed. Mediterránea, Córdoba - Argentina, 2003.
- CAFERATA NORES, José Ignacio y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, SIMA Editora, Córdoba - Argentina, 2003.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ediar Sociedad Anónima de Editores, 11 Tomos, Córdoba - Argentina, 1961.
- Constitución de la Nación Argentina. *Leyes Nacionales y Documentos Internacionales Incorporados*. AZ Editora SA, 14ª Edición, Buenos Aires, 1997.
- Constitución de la Provincia de Córdoba. Leyes Provinciales y Pactos Internacionales Incorporados*. Grimar Editora, Córdoba - Argentina, 2001.
- FERRER, Carlos Francisco. *El querellante particular en el C.P.P. en Córdoba*, en *Pensamiento Penal y Criminológico*, año II, n° 2, Ed. Mediterránea, Córdoba - Argentina, 2001.
- GORGAS, María de los Milagros. *El “nuevo” rol de la víctima en una investigación eficaz a la luz de las últimas soluciones jurisprudenciales en la provincia de Córdoba*. Nota a Fallo “Actuaciones Labradas con motivo del Control Jurisdiccional presentado por Zeverín, Alejandro en autos Bonfigli, Mario Alberto y otros p.ss.aa. Concusión” AI 215 04/10/05 del Juzgado de Control n° 6 Cba., publicado en *Actualidad Jurídica de Córdoba*, año III, vol. 54, 2005.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Rol del Querellante Particular en el Juicio Abreviado*. En *Semanario Jurídico* n° 1218 s/d y *Justicia Penal y Seguridad Ciudadana. Contactos y Conflictos*, Caferatta Nores, José Ignacio y otros, Ed. Mediterránea, Córdoba - Argentina, 2000.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *El Derecho al Recurso en los Pactos Internacionales*. En *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal*, n° 3, UNC, 1998 y *Justicia Penal y Seguridad Ciudadana. Contactos y Conflictos*,

Caferatta Nores, José Ignacio y otros, Ed. Mediterránea, Córdoba - Argentina, 2000.

JOSÉ DE CAFERATTA, Cristina del Valle. *Teoría General de la Defensa y Connotaciones en el Proceso Penal*. Tomo II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba - Argentina, 1995.

JOSÉ DE CAFERATTA, Cristina del Valle. *El Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley n° 8123 Reflexiones Críticas*. Ed. Alveroni, Córdoba - Argentina, 1996.

PALACIO LAJE, Carlos. *La víctima y el sistema penal*. Diario "La Voz del Interior", Córdoba - Argentina, 01/04/06.

PARMA, Carlos. *La víctima en el proceso penal*. Ed Astrea, s/d, y publicado en el sitio web <http://www.carlosparma.com.ar>.

RUBIANES, Carlos J. *Estudio Jurisprudencial de la querrela de acción pública*. Jurisprudencia Argentina, T.1.959-II, en *Nuevos Sujetos Procesales: Querellante Particular*, Carlos Palma, <http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/QUE RELLANTE2.pdf>

TAGLE DE FERREYRA, Graciela. *Acceso a la Justicia*. Presentado en el Primer Congreso Nacional de Defensoría Oficial, 1 y 2 de junio de 1995, Capital Federal.

ZEBALLOS, Liliana Beatriz. *Legitimación Procesal y víctima, una cuestión: No procesal*. Biblioteca Electrónica de la Asociación de Abogados de Bs. As. Ponencia presentada oportunidad del III Congreso Internacional Derechos y

Garantías en el siglo XXI *El Derecho y El Nuevo Contexto Mundial Soberanía, Autodeterminación y Derecho Internacional Universalidad y Diversidad*. <http://www.aaba.org.ar/bi210p43.htm>

PÁGINAS WEB

Diario La Voz del Interior, Córdoba - Argentina, Argentina www.lavoz.com.ar

Revista Semanario Jurídico <http://www.semanariojuridico.info/jurisprudencia/archive/835/>

Revista de Derecho Penal <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,231,0,0,1,0>

<http://www.fam.org.ar/doctrina-y-jurisprudencia.asp?id=32>

<http://legales.com/Tratados/p/particular.htm>

http://www.eldial.com/edicion/penal/tcjNP.asp?id=17721&id_publicar=3768&fecha_publicar=31/10/2007&camara=Jurisprudencia

http://www.eldial.com/edicion/penal/tcjNP.asp?id=17722&id_publicar=3769&fecha_publicar=31/10/2007&camara=Jurisprudencia

http://www.eldial.com/edicion/penal/tcjNP.asp?id=17725&id_publicar=3772&fecha_publicar=31/10/2007&camara=Jurisprudencia

http://www.eldial.com/edicion/penal/tcjNP.asp?id=17726&id_publicar=3773&fecha_publicar=31/10/2007&camara=Jurisprudencia

A CASI CIENT AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DENTRO DEL CONTEXTO DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO*

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez*

Universidad Juárez del Estado de Durango.
drma_rodriguez@hotmail.com

Edgar Alán Arroyo Cisneros*

Universidad Juárez del Estado de Durango.
alan.arroyo@ujed.mx

RESUMEN

El objetivo de esta ponencia es plantear las alternativas que tiene el pueblo de México al estar ya próximos a cumplir cien años de estar en vigor la Constitución de 1917, una de ellas es la convocatoria a un congreso constituyente y la otra es la de realizar una reforma integral que dé sistematicidad al texto constitucional. Lo anterior, se analiza a partir de las condiciones existentes para optar por transitar por uno u otro camino, pero, también, a partir de un contexto latinoamericano del cual formamos parte, y dentro de cuyo constitucionalismo nos incrustamos, aunque en algunos temas, tardíamente, pues sus constituciones se han abierto desde tiempo atrás a aspectos tan importantes el reconocimiento de la diversidad.

ABSTRACT

The objective of this paper is to present the alternatives that the people of Mexico to be

as close to its centenary in force the Constitution of 1917, one of which is the call for a constitutional convention and the other is to make a systematic comprehensive reform that the constitutional text. This is analyzed from existing conditions to opt for transit through one way or another, but also from a Latin American context to which we belong, and in which we embedded constitutionalism us, although in some areas, late because their constitutions have been open for some time to recognize important aspects of diversity.

I. INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial, se produjo el fenómeno que llevó por nombre “Guerra Fría”, que se caracterizó por enfrentarse por diversos medios, exceptuando la vía bélica, los dos bloques hegemónicos, el capitalista y el socialista, comandados por los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, respectivamente, cuyos efectos se dejaron sentir en América Latina, pues cualquier movimiento popular fue considerado como un peligro para el modelo de desarrollo en el que prevalece el mercado, que defendía la primera de las potencias mencionadas.

Fecha de recepción: 27 de enero de 2020

Fecha de aceptación: 28 de febrero de 2020

* Artículo resultado de investigación, patrocinado por la Universidad Juárez del Estado de Durango.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Investigador Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores. Miembro Asociado de la Sección Mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Magistrado en Retiro. Escritor de diversos libros y ensayos

* Doctor en Derecho por la Universidad Juárez del Estado de Durango. Secretario Académico de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la citada Universidad. Profesor investigador en la propia institución. Autor de diversos libros y ensayos.

En diversos países hubo golpes de Estado como sucedió en Chile en 1973, luego que democráticamente había ganado las elecciones Salvador Allende, en Argentina en 1976 o en Uruguay en 1973, por dar tan solo unos ejemplos. En todos los casos hubo graves violaciones a los derechos humanos. En otros Estados no se dio tal fenómeno, pero también hubo autoritarismo que impidió que se formara el Estado democrático, como fue el caso de México, en cuyo sistema político existían diversos partidos políticos, pero uno era el hegemónico, cuyo jefe nato era el presidente de la República.

Luego de la resistencia popular que se conjugó con diversos factores, incluso de orden internacional, comenzaron a caer las dictaduras militares y dar paso a la transición a la democracia, que a la postre, dio pie a que se generalizara la idea del Estado constitucional, que ha sido calificada como una de las “tendencias comunes” del constitucionalismo latinoamericano, que impide que la transmisión del poder se realice mediante intervenciones militares.

Actualmente, dicha transmisión se da bajo las reglas del juego democrático con un fuerte impulso al constitucionalismo, al grado tal que se considera como uno de los más innovadores del mundo, y que es el que, precisamente, nos motivó a escribir este trabajo, haciendo referencia, en general, a los rasgos comunes existentes entre los códigos fundamentales de cada país. En especial, estudiaremos el caso de México.

En efecto, en primer lugar abordaremos el problema del autoritarismo en América Latina y sus manifestaciones en los distintos países, para después tratar las transiciones que se dieron para la

formación de los Estados constitucionales y, enseguida, describir algunos de los avances que ha tenido el constitucionalismo latinoamericano, y las tendencias comunes que se advierten. Una vez hecho lo anterior, estudiaremos la evolución constitucional de México, para finalizar con los retos que tiene, ya estando cerca de que se cumplan cien años de estar en vigor la Constitución de 1917, que genera la polémica sobre la creación de una nueva o bien realizar la renovación del texto constitucional.⁴³

II. EL AUTORITARISMO EN AMÉRICA LATINA

En primer lugar, nos referiremos al pasado inmediato de América Latina, caracterizado por el autoritarismo en sus diversas manifestaciones, que por desgracia en diversos Estados se llegó a intervenciones militares que instauraron dictaduras. Después de su caída, se ha luchado por encontrar la verdad, la justicia y la reparación de los derechos humanos, que son las ideas fuerza de la llamada *justicia transicional* que está “asociada con periodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores.”⁴⁴

A diferencia de lo que podemos percibir actualmente sobre la forma como se transmite el poder en los Estados latinoamericanos, en que hay elecciones competitivas, con antelación los medios para acceder al poder eran de otro tipo como sucedió con las intervenciones militares. El autoritarismo adopta diferentes formas desde el patrimonialismo, pasando por el cacicazgo hasta la formación de Estados totalitarios.⁴⁵

⁴³ Fix- Fierro, Héctor, “Engordando la Constitución”, en *Nexos*, número 434, febrero, 2014, pp, 41-45.

⁴⁴ Teitel, Ruti, “Genealogía de la justicia transicional”, *Harvard Human Rights Journal*.

<http://newpensamientopenal.com.ar/01092009/derecoshumanos02.pdf>, p.1.

⁴⁵ Las anteriores características son citadas por Fix-Zamudio y Valencia Carmona, al abordar el tema de las formas de Estado y formas de gobierno, y para

Pues bien, como ya lo mencionamos, en diversos Estados se implantaron dictaduras militares, y para ejemplificar haremos alusión al caso de Uruguay -por lo que nos fue de gran utilidad el conocimiento del *caso Gelman vs Uruguay*,⁴⁶ del que se desprenden datos importantes para la reconstrucción del pasado-.

El 27 de junio de 1973, se dio el golpe de Estado, se disolvieron las Cámaras del Congreso y en su lugar se creó un Consejo de Estado. Lo increíble del caso es que la acción militar no se dirigió en contra de Juan María Bordaberry, presidente de la República, sino que fue apoyado por éste contra su propio pueblo para sostenerse en el poder.

La dictadura cívico-militar junto con otros gobiernos como los de Chile, Argentina, Paraguay, Bolivia y Brasil, establecieron cooperación de inteligencia militar que en el año de 1975 se concretó en la “Operación Cóndor”, que llevó a sus extremos la “doctrina de la seguridad nacional” que rechazaba a los movimientos de izquierda y los veía como enemigos, por lo que realizaron acciones encubiertas que terminaron por sembrar terror y muerte en gran parte de los países de la región, entre los que se encontraba Uruguay.

Después de diversos acontecimientos, el 12 de noviembre de 1980 se llevó a cabo un plebiscito con el fin de someter a consideración del pueblo una nueva Constitución en lugar de la de 1967, que tenía como finalidad aprobar un nuevo orden constitucional en el que se legitimara el control político de los militares; sin embargo, fue rechazada por las y los ciudadanos con una votación por el NO de 56,83% y por el SÍ de 42,51%.

Con base en dicho resultado quedó de manifiesto la voluntad de las y los ciudadanos uruguayos de acabar con el régimen autoritario e instituir uno democrático. El 1º de marzo de 1985, luego que se celebraron elecciones en noviembre del año anterior, asumió el poder Julio María Sanguinetti.

Otro caso diferente de autoritarismo, que estuvo lejos de llegar a esos extremos, fue el de México, que aunque tenía rasgos democráticos, lo cierto es que el pluripartidismo existente se redujo al triunfo de un partido hegemónico, en el siglo pasado, durante setenta y un años; también se creó un régimen corporativo en el que cooperaron algunos partidos políticos a la desmovilización de masas, y que aunque se escudaban en la “ideología de la Revolución mexicana”, en realidad la podían hacer tan flexible que cabían ideas de todo tipo, incluso antirrevolucionarias. La figura central del sistema político era el presidente, sobre quien no se ejercía un control que lo pudiera llevar a rendir cuentas, mucho menos a fincarle responsabilidad.

No cabe la menor duda que la Revolución Mexicana fue un movimiento popular, que sentó las bases de la transformación del Estado, y que algunos presidentes, como el general Lázaro Cárdenas, con su política nacionalista y social, llevó a la práctica algunas de las promesas de la Revolución. No obstante, no fueron erradicados diversos rasgos del autoritarismo, como la falta de equilibrio real entre los poderes públicos del Estado.

Aunado a lo anterior, hubo momentos en los que se vivió el régimen autoritario con mayor intensidad que provocó el derramamiento de sangre como fue el Movimiento Estudiantil de 1968 y la

ello se basan en Morlino, Leonardo, “Los autoritarismos”, *Manual de ciencia política*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 129, citado por Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona,

Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 283.

⁴⁶ Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones.

llamada “Guerra sucia” de los años setenta, en donde se registraron desapariciones forzadas, como el caso de Rosendo Radilla, con base en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado mexicano por violación de diversos derechos humanos.⁴⁷

El “despertar de la sociedad civil” mexicana exigió reformas para acabar con autoritarismo, a través de movimientos como el de 1968, pero también en lo electoral, como fue la reforma de 1977, reconocida como el inicio del periodo de transición que abrió las puertas a la participación popular y al pluralismo en los órganos de representación popular hasta llegar a la alternancia en el poder en la Presidencia de la República. Lo anterior generó expectativas por parte de las y los mexicanos, pero se cuestiona si se han alcanzado a cabalidad las metas fijadas.⁴⁸

Con esos dos ejemplos, podemos percibir que el autoritarismo se dejó sentir en América Latina de diversas maneras; por tanto, la fórmula para superarlos fue diferente, pero en todos los países el movimiento constitucionalismo fue en avance, aunque a diferente ritmo.

III. EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Fueron diversos factores los que determinaron la conclusión de las dictaduras, para dar paso a un proceso de transición para instaurar un nuevo régimen político. Cabe aclarar que cuando nos referimos a “transición” lo hacemos en los términos propuestos por O’Donell, quien la

define como “el intervalo que se extiende entre un régimen político y otro.”⁴⁹ En esos procesos se pueden identificar diferentes fases como la liberalización, la democratización y la consolidación, aunque aclara el citado autor que puede iniciarse una segunda transición que la denomina “socialización”, y, por tanto, se puede incluir dentro de las demás en caso de que llegara a darse.

En el primero de los casos mencionados (Uruguay), durante los años que tardó la transición hubo intensas negociaciones entre los militares y los partidos políticos para definir las reglas que regirían después de que los primeros entregaran el poder. En el caso de México, se discute cómo se ha dado la transición, pues si se atiende a las etapas que se consideran básicas y que con antelación fueron mencionadas, se cuestionó si lo que acontecía era que solamente el régimen autoritario se estaba liberalizando o si realmente se estaba en la etapa de democratización. También hubo otras opiniones, que consideraron:

... Que si no se ha colapsado del todo el régimen anterior, entonces la transición democrática se anticipa a la caída del régimen autoritario y con ello la etapa II es anterior a la I, cuando la III ya está en marcha. En otras palabras se han trastocado las etapas de la democratización mexicana; no hay, ni se ha dado una secuencia lineal y cronológica del proceso conforme al modelo dinámico antes descrito.⁵⁰

⁴⁷ *Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁴⁸ Hernández Carlos Arturo *Reparaciones a las comunidades indígenas en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, http://www.academia.edu/12954636/REPARACIONES_A_LAS_COMUNIDADES_IND%3%8DGE

NAS_EN_EL_SISTEMA_INTERAMERICANO_DE_PROTECCI%3%93N_DE_DERECHOS_HUMANOS

⁴⁹ O’Donell, Guillermo, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, España, Paidós, 1994, p. 20.

⁵⁰ Rabasa Gamboa, Emilio, “México lejos de la consolidación democrática”, en Knight, Alan, *La conflictiva y nunca acabada construcción de la democracia deseada. México en perspectiva histórica y comparada*, México, Porrúa/ITESM,

Ahora bien, cuando en Latinoamérica se comenzó a dar la transmisión del poder por medios no violentos, sino a través de la competencia electoral, eso significó que se aceptaron las reglas del juego democrático y los postulados del Estado constitucional. En esta nueva etapa se expidieron una serie de constituciones en las que se consagró un catálogo amplio de derechos humanos, se reconoció la diversidad así como el pluralismo, y se redefinió el significado de la identidad nacional. “En este modelo el Estado estructura “los derechos como fin y la democracia como medio”, en donde los derechos son límites al poder sea público y/o privado (363)”. (Ortiz Vanegas H., 2016, pág. 322) 59

En efecto, una característica que se puede observar en las constituciones latinoamericanas es que se consagra una larga lista de derechos humanos, como respuesta a periodos que se caracterizaron por su violación. Ya no solamente se reconocen los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales -que ya estaban plasmados varios de ellos en la Constitución mexicana de 1917-, aunado a que ha tenido un desarrollo más reciente como el reconocimiento del derecho al medio ambiente sano, e incluso hay constituciones, como una de las que consideramos más avanzada, la de Ecuador, que trata de los derechos del buen vivir y reconoce derechos a la naturaleza.

2008, p. 96. Cuando el autor cita las etapas I, II y III, se refiere en la primera al colapso del régimen autoritario, la transición a la democracia y la consolidación.

⁵¹ Véase Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (coordinador), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo*

Lo anterior nos da pauta para referirnos al constitucionalismo latinoamericano, en el que con sus nuevos textos o reformas se ha cambiado el rostro del régimen político y se tiene una nueva concepción de los derechos humanos; sin embargo, no hay consenso respecto a partir de cuál Constitución da inicio, pues hay quien considera que es con la de Brasil de 1988,⁵¹ en tanto que otros consideran que “el nuevo constitucionalismo latinoamericano tuvo su origen en el proceso constituyente colombiano de principios de la década de los noventa, aunque fue fruto de reivindicaciones sociales anteriores”.⁵² A diferencia del resto de Constituciones del mundo, el Ecuador se ha definido como un “Estado Constitucional de Derechos” con derechos en plural y no en singular. Esta filosofía indica que toda emanación de autoridad del poder público o incluso privado está sometida al Estado Constitucional de Derechos, derechos que se presupone “anteriores y superiores al Estado, y que por ende se convierte en un eje transversal de todas las instituciones”. (Ortiz Vanegas H., 2016, págs. 321-322). 62

Una de las características principales de las Constituciones a las que nos referimos, es que sus congresos constituyentes estuvieron precedidos de movilizaciones a través de las cuales se

XXI, Buenos Aires, siglo veintiuno editores, 2011, p. 109.

⁵² Consúltese a Viciano Pastor, Roberto, “Fundamento Teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Viciano Pastor, Roberto, Editor, *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 32.

hicieron propuestas para resolver problemas sociales y en su seno hubo participación democrática, aunque Gargarella considera que no se utilizó suficientemente la imaginación constitucional, además que tienen rasgos elitistas al organizarse una estructura de poder contramayoritario y “el papel de nuestras fuerzas progresistas en los procesos de reforma constitucional no ha demostrado ser, hasta el momento, muy relevante – a veces debido a la escasa formación de sus miembros, otras por la falta de conocimiento de alternativas institucionales atractivas o por su falta de convicciones genuinamente igualitarias.”⁵³

Coincidimos con Uprimny, en el sentido de que, a pesar de sus “diferencias nacionales, la oleada de reformas constitucionales en América Latina parece tener algunos rasgos comunes,”⁵⁴ como pretendemos demostrar más adelante.

Conviene hacer énfasis, como lo hace el citado autor, que hay un nuevo entendimiento de la unidad nacional, habida cuenta que las constituciones consideran a sus naciones de diversas maneras, de ahí que Yrigoyen Fajardo estime que después del proyecto criollo del siglo XIX y del constitucionalismo social que inaugura la Constitución mexicana de 1917, se pueden distinguir tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista: “a) el *constitucionalismo multicultural* (1982-1988), b) el *constitucionalismo pluricultural* (1989-2005), y c) el *constitucionalismo plurinacional* (2006-2009),”⁵⁵ cada uno con sus propias características. Al respecto, la Constitución mexicana, en el párrafo segundo del artículo 2, establece: “La Nación tiene una

composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas...” Pero hay constituciones que se encuentran en el llamado tercer ciclo del constitucionalismo pluralista al contener disposiciones de avanzada al reconocerse como plurinacionales, es el caso de Ecuador y Bolivia.

Precisamente, siguiendo la exposición de Uprimny, consideramos que una de las características comunes del constitucionalismo latinoamericano, aunado a su adhesión al Estado constitucional que ya fue ampliamente explicado, es la referente al “reconocimiento y revalorización del pluralismo y la diversidad en casi todos los campos.”⁵⁶ El acento lo tiene puesto en el elemento indígena que llega hasta el reconocimiento de lo plurinacional, como se hizo mención con antelación.

Otra de las características de las Constituciones latinoamericanas es la relativa al extenso catálogo de derechos humanos que reconocen, en donde se ha abierto paso al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Obviamente que para hacerlos efectivos, es menester desarrollar un sistema de medios de control de constitucionalidad, que también fue uno de los cambios importantes que se dieron en el constitucionalismo latinoamericano, pues existe una magistratura y los medios necesarios para realizar la defensa de las leyes fundamentales con la finalidad de que no sean simples declaraciones carentes de eficacia, sino para que sean realmente normativas.

Afirma García Villegas que una de “las principales características que transversalizan los distintos procesos de renovación constitucional que se han

⁵³ Gargarella, Roberto, “Pensando la reforma constitucional en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (coordinador), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, siglo veintiuno editores, 2011, p. 88.

⁵⁴ Uprimny, Rodrigo, *op. cit.*, nota 8, p. 110.

⁵⁵ Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: de multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez Garavito, César (coordinador), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, siglo veintiuno editores, 2011, p. 140.

⁵⁶ Uprimny, Rodrigo, *op. cit.*, nota 8, p. 122.

realizado en América Latina, fundamentalmente durante las últimas dos décadas, se encuentra el hecho de que se trata de un constitucionalismo aspiracional.”⁵⁷ Luego aclara que usa tal expresión para referirse a “la concepción que liga constitución con progreso...”, el cual tiene varias características, por ejemplo, que “existe una gran inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor”⁵⁸

IV. MÉXICO Y EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Para comprender el constitucionalismo mexicano es necesario conocer las luchas que se dieron entre los partidarios del federalismo y centralismo, expresadas en los diferentes documentos políticos afines a una y otra tendencia, o bien entre los liberales y conservadores, empero no es interés de la presente ponencia dejar constancia de los elementos de cada carta política; únicamente es importante ponerlos en su contexto.⁵⁹ Lo relevante es observar el desenvolvimiento del constitucionalismo mexicano en el siglo XX y su incrustación (o falta de la misma) en el constitucionalismo latinoamericano.

El constitucionalismo mexicano fue pionero en el llamado constitucionalismo social, en el que se incorporaron a las Constituciones los derechos sociales. Dicho constitucionalismo tuvo como precursor el modelo mexicano, mismo que habría de repercutir no sólo en América Latina, sino en múltiples latitudes de todo el orbe. Si bien es cierto que hoy en día la

vigencia del Estado de bienestar sufre afrentas que en México se materializan en contra de la justicia social -acaso uno de los postulados principales del texto de 1917-, no puede obviarse la envergadura del constitucionalismo social como factor de cambio determinado por nuestro constitucionalismo particular.

Otra nota de gran calado acerca del constitucionalismo mexicano consiste en que en forma temprana consagró medios de control de constitucionalidad. Bien documentada está la importancia del juicio de amparo en el Derecho Constitucional Comparado como uno de los mecanismos de defensa de la Constitución que ha ejercido una influencia determinante entre sus similares, lo cual no es poco decir.

Tras estos episodios iniciales luminosos del constitucionalismo mexicano, el resto de la historia constitucional de nuestro país a lo largo del siglo pasado no resultó suficientemente satisfactoria, pues varias de las reformas respondieron a un sistema político autoritario que aunque si bien heredó las conquistas del Movimiento Armado de 1910, tuvo un partido político hegemónico y se cancelaron las posibilidades de tener una Constitución más abierta, dando como resultado un constitucionalismo oficial –afín en todo momento al gobernante en turno- o una especie de “siesta constitucional”, como la llamó en su momento Jesús Silva-Herzog Márquez.

El camino mexicano a la democracia entonces fue lento y tardío. Después del Movimiento Estudiantil de 1968, el producto de más peso fue la llamada “reforma política” de 1977, que intentó introducir un sistema de partidos más plural y diverso, ampliar la

⁵⁷ García Villegas, Mauricio, “Constitucionalismo aspiracional”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, no. 29. Primer semestre de 2013, p. 77.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 82.

⁵⁹ El texto de los documentos constitucionales más relevantes de la historia de México se localiza, por ejemplo, en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, 24ª. ed., México, Porrúa, 2005.

representación nacional por medio de la creación de un sistema mixto de distritos uninominales de mayoría y distritos plurinominales de representación proporcional, además de que se definió al partido político propiamente dicho, otorgándosele garantías para su operatividad, entre otras cuestiones.

Luego de esta reforma, no fue sino hasta 1996 cuando se produjo otra con aristas de trascendencia, la cual impactó en temas como la creación de un sistema de medios de impugnación en materia electoral, la reducción significativa en la sobrerrepresentación del partido gobernante en la Cámara Baja con un techo del 8%, la representación proporcional en el Senado de la República, el fortalecimiento del Tribunal Federal Electoral, entre otros aspectos.

En el ámbito del sistema político, éste empezó a experimentar transformaciones con hechos relevantes como la competida elección presidencial de 1988, la reforma judicial de 1994 que otorgó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación funciones de tribunal constitucional, la pérdida de la mayoría absoluta por parte del partido dominante en 1997 y el triunfo por vez primera de un candidato presidencial emanado de la oposición en el 2000, con lo avanzaba la transición democrática, sin embargo, iba a resultar inacabada.

La transición a la democracia no trajo como resultado un nuevo orden constitucional. Lo anterior es del todo relevante porque queda claro que “del diseño y profundidad de la reforma institucional depende el éxito de la transición, de la consolidación y de los posteriores procesos de profundización democrática”.⁶⁰ La experiencia comparada ha demostrado que muy buena parte de las

transiciones a la democracia que han llegado a su fin de manera exitosa han desembocado en el otorgamiento de una nueva carta constitucional.⁶¹

Lo hasta aquí plasmado son indicadores que nos llevan a establecer una especie de desconexión que existió entre el constitucionalismo mexicano y el constitucionalismo latinoamericano, habida cuenta que este último ha tenido desarrollos recientes más amplios que el nuestro, no obstante, los esfuerzos de actualización y adaptación del texto constitucional de nuestro Estado, que ha configurado un sistema normativo falto de sistematicidad.

El constitucionalismo mexicano, en algunos aspectos, representa la narrativa de promesas no cumplidas. Las modernas Constituciones de Colombia (1991), Ecuador (2008) o Bolivia (2009) implican esfuerzos de una tutela amplia de los derechos fundamentales, mientras que el caso mexicano ha arribado a ello muy recientemente, con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011.

La Constitución de 1917 fue proclive al hiperpresidencialismo, lo cual en los hechos es una negación al menos parcial del principio de división de poderes; como conjunto de normas jurídicas, muchas de éstas no han tenido el impacto que se esperaba de reglas con rango constitucional; como documento normativo que tiene ese nombre y como texto normativo dotado de ciertas características formales, la Carta actual contiene en realidad un texto sumamente diferente al de 1917, lo que lleva a pensar en la necesidad de un esfuerzo serio de consonancia con los tiempos actuales.

⁶⁰ Cárdenas Gracia, Jaime F., *Transición política y reforma constitucional en México*, 2ª. ed., México, IJ-UNAM, 2005, p. 192.

⁶¹ Cfr. Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2ª. ed., México, IJ-UNAM, 2004, p. 158.

V. ¿RUMBO A UN NUEVO CONGRESO CONSTITUYENTE EN MÉXICO?

Con los anteriores elementos, es dable preguntarnos: ¿cuál es la vía adecuada para contar con un texto constitucional con mayor sistematicidad?, ¿el mantenimiento del estado de cosas, la expedición de una nueva Constitución o el camino de la reforma integral para tener un texto renovado?

Según adelantábamos en la introducción del presente trabajo, confluyen diferentes retos que se presentan para fundamentar o no la convocatoria a un Congreso Constituyente. En el terreno económico, nuestro país presenta una falta de crecimiento que lo ubica como una eterna promesa en la materia, pues de tener una economía emergente con un enorme potencial, en los últimos tiempos no se ha recuperado el crecimiento esperado. En lo político, como ya se reseñaba, la herencia del sistema de partido hegemónico-único se sigue poniendo de manifiesto, pues dos sexenios con un partido diferente en el poder no desterraron los vicios que prevalecieron por décadas.

En cuanto a lo social, la sociedad mexicana es una sociedad diversa, multicultural, plural, lo cual desde el punto de vista constitucional plantea conflictos al momento de salvaguardar los derechos fundamentales y libertades ciudadanas básicas. Finalmente, en lo cultural el paradigma de la globalización plantea el reto de la desaparición de la cultura local, que es un gran desafío para el constitucionalismo del siglo XXI.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la Carta Magna acaba de cumplir 97 años, por lo que en tres más será una Constitución centenaria. Es un texto que ha servido para darle cauce a los arreglos colectivos, a los acuerdos normativos elementales y a la conducción de las relaciones entre entes públicos y ciudadanos. Sin embargo, hay voces que

señalan que ha llegado al momento de empezar a reflexionar sobre la pertinencia de un nuevo Código Político.

La edad misma del máximo cuerpo normativo no es un argumento que por sí solo sea válido para justificar su renovación. Hay constituciones que nacen siendo anacrónicas, fuera del contexto y del tiempo que les tocó vivir -como la de Egipto de 2012, incierto resultado de la Primavera Árabe que ya ha sido desplazado por un nuevo proyecto próximo a ser votado-, así como hay otras que, no obstante el paso del tiempo, permanecen y aterrizan como es debido en el terreno real, sin necesidad de ser enmendadas a menudo -como la de los Estados Unidos de América.

Antes bien, y más allá de los casi cien años de vigencia con los que cuenta, la Constitución mexicana es un cuerpo jurídico-político que sobrerregula y sobrerreglamenta aspectos que deberían ser remitidos a la legislación secundaria -hay varios ejemplos, uno de ellos es el artículo 41.

Nuestra Constitución, a pesar del proceso de reforma agravado -si se le compara con el procedimiento legislativo ordinario- que preconiza el artículo 135 para hacer de ella una Carta rígida, en la práctica es un documento del todo flexible, como lo atestiguan las 573 modificaciones realizadas hasta el 15 de enero del presente año.

La Constitución que nos rige es una Constitución dispersa, pues aunque intenta diferenciar con alguna claridad sus partes dogmática y orgánica, lo cierto es que entremezcla tópicos pertenecientes a una y otra vertiente indistintamente, de tal manera que lo mismo encontramos instituciones en el apartado dogmático, que derechos humanos en el apartado orgánico. La declaración de la ECI es considerada una técnica procesal para la garantía de los derechos fundamentales, que se ha ejercido de manera ineficiente y poco eficaz para

proteger circunstancias de violaciones masivas de derechos fundamentales provenientes de fallas estructurales que provocan una deslegitimidad y niveles de confianza bajos, pero que se deduce de la sentencia y la declaración como una forma coercitiva para una política de Estado aún sin definir. (Ortiz Vanegas, 2019, págs. 154-155). 72

Los asertos en este sentido no son simple y llanamente estilísticos, sino de congruencia normativa. Tenemos una Constitución de principios, pero también atiborrada, en algunos de los casos, de entelequias que el Poder Revisor no ha sabido o no ha querido acomodar correctamente, lo cual repercute en la sistematización del ordenamiento.

La alternativa, entonces, se centra en el planteamiento de una auténtica y genuina revolución constitucional, con la visión puesta en la construcción de una Constitución progresista, mediante la convocatoria a un Congreso Constituyente o una reforma constitucional de gran calado que renueve el texto constitucional, con todo lo que ello implicaría. ¿Tendremos altura de miras o nos anquilosaremos en nuestro propio pasado?

Ante la disyuntiva que plantea la desfiguración de la Constitución y el hecho de que en sus propias palabras no dé para

mucho más, lo cual conlleva a tomar partido entre un cambio de Constitución o una Constitución reordenada, Diego Valadés⁶² se decanta en principio y aduciendo razones de método, por la segunda de estas opciones, es decir, por su reordenación. Otro autor relevante que siempre se manifestó abiertamente en contra de la expedición de una nueva Carta Magna fue Jorge Carpizo,⁶³ dando como argumento que la creación de una nueva ley fundamental no es un ejercicio teórico, una discusión académica o la expresión de buenos deseos o intenciones, pues su elaboración tiene lugar cuando existe una ruptura -pactada o no- del orden jurídico, la cual no se ha dado en México:

En México se expedirá una nueva Constitución cuando la realidad política y la social lo requieran. Sin embargo, por el momento, no es necesario, ya que son más los aspectos negativos y peligrosos que los positivos, situación que nos llevaría a un serio riesgo de retroceso democrático. En todo caso, cuando se llegue el momento de expedir una nueva Constitución, debemos confiar en que se haga por la vía pacífica y como un proyecto pactado entre las principales fuerzas políticas, sometiendo el texto final a un referendo por parte del electorado. La Constitución de 1917 ha sido longeva debido, entre otras

⁶² Cfr. Valadés, Diego, “La Constitución reformadora”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coordinadores), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2013, p. 28. En el mismo sentido, Valadés argumenta que todo proyecto serio de reformas tiene que precisar al menos tres cuestiones: “lo que funciona mal y se quiere corregir; por qué se considera que algo no es satisfactorio y por qué se estima que mejorará con la modificación propuesta, y qué resultados específicos se esperan de la reforma en plazos diferentes”. Si no acontece lo anterior, se presenta entonces una reforma sin causa y sin consecuencias

previsibles, lo cual imposibilitará que la sociedad observe sus méritos y advierta su eficacia. Véase Valadés, Diego, “Consolidación democrática y reforma institucional en México”, en Astudillo, César y Carpizo, Jorge, (coordinadores), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, IJ-UNAM/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, pp. 928- 929.

⁶³ Cfr. Carpizo, Jorge, “¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, número 24, enero-julio de 2011, pp. 159-160.

razones, a que no se ha dado una ruptura político social, su estructura fundamental ha sido aceptada mayormente por la sociedad, ha sabido evolucionar y cambiar a través de reformas constitucionales, y porque ha impulsado la paz social.

Por otro lado, Jaime Cárdenas Gracia y Miguel Carbonell son partidarios de una nueva Constitución para México, por diferentes motivos. Para el primer autor, la transición a la democracia comenzará a ser exitosa cuando se definan nuevas reglas e instituciones, por medio de un diseño que afronte las realidades y expectativas de los mexicanos;⁶⁴ por otro lado, según el propio Cárdenas Gracia la Constitución mexicana de 1917 está directamente vinculada con el régimen político no democrático nacido en 1929, es decir, con el sistema de partido hegemónico-único, mismo que utilizó la Carta Magna para afianzarse en el poder, amén de que hay deficiencias por lo que hace al Estado de Derecho y existen argumentos políticos, simbólicos y jurídicos para un futuro diseño constitucional.⁶⁵

Por su cuenta, Carbonell⁶⁶ opina que la postura de ir a un nuevo Congreso Constituyente es muy atendible, pues la expedición de una Constitución aparece como el sello que clausura una época e inaugura otra; en todo caso, considera que aunque haya obstáculos políticos para llevar a cabo una empresa de este tipo, pudiera ser prudente por igual una gran reforma constitucional de carácter integral -que en los hechos sería una nueva Constitución-.⁶⁷

Sería necesario contar con una “política de la constitucionalidad”,⁶⁸ por virtud de la cual la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes no se argumente y valore sólo en vía jurisdiccional, sino en los debates partidarios, en la acción legislativa y en la discusión política. La legitimidad de un nuevo texto constitucional, ya sea por la vía de la convocatoria a un Congreso Constituyente o bien por la vía de la reordenación, tendría que ser lo que en palabras de García de Enterría es una “decisión efectivamente constituyente del pueblo entero, como una expresión auténtica de un verdadero pacto social fundacional con la intención de instituir un marco duradero de estructuración perdurable del sistema democrático como sistema efectivo”.⁶⁹

La edificación del Estado constitucional en México pasa por la estación de la cultura de la legalidad -por no decir una cultura constitucional que brilla por su ausencia- y del Estado de Derecho como elementos previos, por lo que la construcción de ciudadanía es preponderante en un escenario de dispersión y amenazas de los poderes fácticos al constitucionalismo.

Debe tenerse en cuenta que crear una nueva Constitución requiere de diversas precondiciones, mismas que se materializan cuando el escenario es jurídicamente necesario, pero, también, políticamente posible, lo que se traduce en que una reforma constitucional es

⁶⁴ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime F., *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, 2ª. ed., México, IJ-UNAM, 2012, p. 58.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 277.

⁶⁶ Cfr. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 18, p. 158.

⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 159-160.

⁶⁸ Expresión de Jiménez Campo, Javier, “Política de la constitucionalidad (una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, número 59, mayo-agosto de 2000, p. 13.

⁶⁹ García de Enterría, Eduardo, “El valor normativo de la Constitución española”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, número 44, 1998, p. 35.

políticamente conveniente siempre que resulte jurídicamente necesaria.⁷⁰

A final de cuentas, hablar de constitucionalismo mexicano y constitucionalismo latinoamericano es poner en balance las bondades e insuficiencias de las instituciones y del régimen de derechos que es deseable perfeccionar en la región, no solamente en el plano del discurso, sino también en el de la práctica. Si la historia de nuestros constitucionalismos es la historia de nuestras divergencias, es preciso optar por una vía que otorgue impulso, ante todo, a la salvaguarda de los derechos fundamentales.

A manera de conclusión y reiterando lo ya dicho, reformar integralmente el texto de la Constitución local actual o convocar a un Congreso Constituyente para la elaboración de una Carta estadual diferente, acorde con las exigencias políticas, jurídicas, económicas, y multiculturales de los tiempos que corren, teniendo la imprescindible participación de la sociedad civil.

La principal razón de ello consiste en que indiscutiblemente refundaría el pacto

social, cívico y democrático de los mexicanos. Alentaría, sin ninguna clase de dudas, el intercambio racional de expectativas de vida entre la sociedad civil y los poderes públicos entendidos como poderes mínimos, que reivindicquen en todo tiempo la pugna incansable por los derechos. La Constitución de nuestros días, pues, aspiraría a ser el contrato social de la postmodernidad.

LA MIMESIS DEL IUS COGENS EN EL CINE BÉLICO⁷¹

César Oliveros Aya⁷²

Introducción

El cine bélico ha trasegado por múltiples transformaciones a lo largo de todo un siglo. Es un género de connotación

marcadamente masculina que sustenta la narrativa en el combate entre dos o más facciones, en cuyos argumentos se destaca el drama personal, familiar y social de los personajes, usualmente ambientados en una historia de amor.

Son muchos los clásicos del género que han permitido acercar la mirada a confrontaciones diversas por las que ha

⁷⁰ Vid. De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, reimpresión, Madrid, Tecnos, 1999, p. 92.

Fecha de recepción: 14 de enero de 2020

Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2020

⁷¹ Informe final de investigación financiado por la Universidad Militar Nueva Granada

⁷² Abogado, Especialista en Derecho Constitucional; Magister en Docencia e Investigación Universitaria con énfasis en ciencias jurídicas; Docente Investigador de la Universidad Militar Nueva Granada; Coordinador de la línea de investigación "Derecho, Cine y Pedagogía". Correo electrónico: cesar.oliveros@unimilitar.edu.co

pasado el mundo, empero, se ha visto como un conjunto de obras que se repiten sin mayores cambios y, por lo tanto, parece verse bajo la óptica de simple entretenimiento y espectáculo

Ha sido la segunda guerra mundial, el antecedente histórico que más ha inspirado filmes bélicos, en su mayoría de naturaleza estadounidense, aspecto interesante para ahondar en el estilo nacionalista que ha caracterizado dicha filmografía.

Como señala Edmund Roch (2008), todo el cine es bélico, intentando demostrar que en un relato cinematográfico, siempre la pugna entre dos bandos, conduce el interés de la historia que se narra.

En ese orden de ideas, es innegable la relación que el cine de guerra mantiene con el contenido teórico del derecho internacional.

1. El ius cogens en el contexto internacional

La guerra ha generado situaciones paradójicas como el hecho de crear una normatividad a partir de tratados, como lo ha sido el derecho internacional humanitario. Más allá de las buenas intenciones, es una estructura jurídica que intenta ahondar en la condición del ser humano, a efecto de evitar su pérdida de individualidad

Pero la estructura del ius cogens es la que resulta apropiada para definir esos propósitos jurídicos hacia una forma convencional de mantener la armonía en las relaciones internacionales.

Con ese componente de humanización de las relaciones, los estados han ido convergiendo en una serie de pautas reglamentarias que deben acoplarse a los contextos en que se manifiestan. Con ello,

han surgido disposiciones convencionales de obligatorio cumplimiento, sin que exista el consentimiento rigurosamente expreso para entenderlos como formalismos contractuales.

En tal sentido, se genera una titularidad de derechos con la posibilidad de abstención para determinadas prohibiciones, conllevando también la viabilidad de enjuiciamiento o sanción cuando alguna de ellas se ejecute.

Dentro de ese marco, culminada la segunda guerra mundial, se fueron estructurando las normas del ius cogens, quedando descritas en la Convención de Viena de 1969, que refiere la regulación de tratados internacionales.

Precisamente en el artículo 53, se alude a esas normas perentorias, que son aplicadas a todos los subsistemas y detalles específicos del derecho internacional, ocasionando un cambio significativo para entender la estructura normativa de esta área.

A nivel institucional, autoridades como la Comisión Internacional de Derechos Humanos de la OEA, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia, la Corte Internacional de Justicia, han ido apropiándose de los contenidos prácticos de esa figura.

Siendo de carácter especial y habiendo entronizado principios y características propias de dignidad y humanización, las normas de ius cogens se consolidan como un sustrato jurídico de invaluable interpretación y aplicación.

Por ende, denotan las siguientes características de forma que se mencionan a continuación (Carrillo, 2007):

- a. Aceptación y reconocimiento por parte de la comunidad internacional en conjunto. En consecuencia, son convencionales o consuetudinarias.
- b. Son indiscutibles, esto es, no pueden establecerse convenios que las demeriten.
- c. Modificación posterior por normas que tengan igual naturaleza.

En cuanto a funciones, genera una interacción entre normas, o sea, son sancionatorias; preventivas en cuanto procuran evitar o menguar la existencia o posibilidad de afectaciones a la humanidad e inciden marcadamente en las decisiones proferidas por autoridades de los estados.

Esas normas se clasifican bajo tres criterios (Carrillo, 2007): las normas internacionales destinadas a proteger los intereses y valores de la comunidad internacional; las que se orientan a proteger los derechos de los Estados y de sus relaciones recíprocas y aquellas proyectadas a la protección de los seres humanos, desde la caracterización de individualidad hasta lo colectivo.

Dentro de la primera categoría, se destacan las siguientes normas:

- La interdicción del uso y amenaza de la fuerza (art. 2 de la Carta de Las Naciones Unidas y art. 52 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).
- Preceptos concernientes al mantenimiento de la paz.
- Derecho al desarrollo económico, social y cultural.
- Normas sobre represión de la piratería y libertades fundamentales en alta mar.

- Normas relativas al patrimonio común de la humanidad, incluyendo fondos marinos, espacio ultraterrestre, cuerpos celestes y protección al medio ambiente.

En la segunda categoría, se tienen:

- Derecho a la libre determinación de los pueblos (art. 1.2 Carta de Naciones Unidas).
- Igualdad soberana de los Estados.
- Principio de no intervención.
- Normas alusivas a relaciones convencionales entre Estados.

La tercera categoría sustenta:

- Normas del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos.
- Normas del Derecho Internacional Humanitario.

2. Correlatos argumentales del *ius cogens* en el cine bélico

Siguiendo los criterios anotados en renglones precedentes, se ha revisado un conjunto de filmes que logran configurar el sentido interpretativo y alcance del *ius cogens*.

a. Comunidad internacional

En el conjunto de filmes que se reseñan, destaca un lenguaje común que atañe al mundo, a cualquier país y a cualquier ser humano, desde connotaciones ecológicas hasta el sentido de humanidad frente al riesgo del conflicto bélico y sus daños colaterales.

El film *Cuando sopla el viento* (Jimmy Murakami, Reino Unido, 1986) es un claro ejemplo de la protección del medio ambiente como uno de los ejes centrales narrativos, en tanto es una película de dibujos animados basada en la novela

gráfica homónima de Raymond Briggs. La acción se centra en una pareja de jubilados que viven en una zona rural de Gran Bretaña poco antes del inicio de una guerra nuclear; denotan confianza plena en su gobierno y se han informado sobre todo lo que es necesario hacer en caso de que explote la bomba atómica. Cuando se produce la explosión, empiezan a sufrir los efectos de la radiación.

Desde otra perspectiva, con base en la novela homónima de Masuji Ibuse, *Lluvia negra* (Shohei Imamura, Japón, 1989) se refiere a las partículas radiactivas que hicieron imposible la vida para millones de personas, como consecuencia de las bombas que Estados Unidos lanzó sobre Hiroshima y Nagasaki. La película se centra en la historia de una joven a la que alcanzó aquella lluvia radioactiva.

Dr Strangelove o cómo aprendí a temer y amar la bomba (Stanley Kubrick, USA, 1964), expone una caricatura bélica. Convencido de que los comunistas están contaminando a la nación americana, un general ordena, en un acceso de locura, un ataque aéreo nuclear por sorpresa sobre la Unión Soviética.

En tierra de nadie (Danis Tanovic, Bosnia/Herzegovina, 2001) expone la historia de dos soldados, uno serbio y otro bosnio, que se ven atrapados en tierra de nadie, en una trinchera entre los dos frentes, durante la guerra de la ex-Yugoslavia de 1993. Junto a ellos se encuentra también otro soldado bosnio, gravemente herido y al que no se le puede mover, ya que ha caído encima de una mina: al más mínimo movimiento, la mina estallará. Una historia sobre la absurdidad de las guerras, con fuertes dosis de crítica al sistema internacional, desde el rol de las fuerzas de interposición de las Naciones Unidas en aquel conflicto.

b. Relaciones entre Estados

En este acápite, el sustento temático se centra en las actividades, funciones y roles diplomáticos encarnados en representantes de Estados. Las películas destacan momentos de decisiones en situaciones límite y la prospectividad de los actos realizados.

Fahrenheit 9/11 (Michael Moore, USA, 2004) es un documental que denuncia la utilización que hizo George W. Bush de la tragedia del 11-S. A partir de información obtenida de distintas fuentes, Michael Moore indaga sobre las auténticas causas de la guerra de Irak.

The Hurt Locker (USA, 2008), dirigida por Kathryn Bigelow, se ubica en Irak, donde una unidad de soldados norteamericanos expertos en desactivar explosivos, actúa en una caótica ciudad teniendo en cuenta que cualquier persona puede ser un enemigo y cualquier objeto, una bomba.

En *Banderas de nuestros padres* y *Cartas desde Iwo Jima*, realizadas en 2006 por Clint Eastwood, relatan la batalla de Iwo Jima, un sangriento episodio de la Segunda Guerra Mundial (inmortalizado por una foto de unos soldados colocando una bandera norteamericana), en el que fallecieron más de 20.000 japoneses y 7.000 estadounidenses. La primera ofrece la perspectiva estadounidense de la batalla, mientras que la segunda recoge la perspectiva japonesa. Ambas son un duro alegato contra de las brutalidades de la guerra.

El señor de la guerra (Andrew Niccol, USA, 2005), refiere cómo un americano de origen ucraniano se introduce en el negocio del comercio de armas y con el tiempo se convierte en el mayor traficante del mundo.

Inspirada en hechos reales, la película explora una consecuencia poco conocida del final de la Guerra Fría, la enorme cantidad de armas que quedó disponible en los antiguos estados soviéticos para vender a los países en desarrollo y las inmensas sumas de dinero amasadas por los traficantes de armas que las vendieron.

Basada en la novela de Graham Greene, *El americano impasible* (Phillip Noyce, USA, 2002) se localiza en Saigón, 1952. Un periodista británico y un médico norteamericano son testigos de matanzas que no parecen obra ni del ejército colonialista francés ni de los comunistas del norte, sino de una tercera fuerza auspiciada por los americanos.

Rey y patria (Joseph Losey, USA, 1964), es un drama sobre la vida en las trincheras durante la Primera Guerra Mundial. Con argumento similar a *Senderos de Gloria*, narra la historia de un soldado acusado de desertión durante la batalla, cuyos oficiales superiores quieren dar ejemplo con su castigo.

Basada en hechos reales, *Trece Días* (Roger Donaldson, USA, 2000) toma el asunto de la crisis de los misiles de Cuba de 1962; dos semanas que pudieron cambiar el curso de la historia. Fotografías obtenidas por aviones espía revelaban que los soviéticos estaban situando armas nucleares en Cuba con capacidad para alcanzar el sureste de los Estados Unidos. El entonces presidente John F. Kennedy y sus colaboradores dudaban sobre la forma de encarar el problema, siendo algunos partidarios de la acción inmediata, lo que hubiera acarreado un posible conflicto nuclear.

La guerra de Charlie Wilson (Mike Nichols, USA, 2007), se ubica a principios de los ochenta, contando cómo un congresista americano, una mujer de la alta

sociedad de Houston y un agente de la CIA conspiran para organizar la ayuda a los muyahidines afganos, consiguiendo fondos y armas para expulsar a los soviéticos de Afganistán.

Diamante de sangre (Edward Zwick, USA, 2006), es una mirada al comercio de los diamantes, que provoca guerras civiles y terrorismo en África. La película transcurre durante la Guerra Civil de Sierra Leona: un país dividido en dos bandos igualmente despiadados que no tienen miramiento alguno con el sufrimiento de los civiles que están fuera del conflicto.

c. Derechos Humanos

Aunque todas las películas referidas abordan algún tratamiento, directo o indirecto, de los derechos humanos, las que se enuncian a continuación sustentan la baza argumental en dichos aspectos.

En *El Valle de Elah* (Paul Haggis, USA, 2007), un veterano de guerra americano debe investigar la desaparición de su hijo destinado en Irak. Lo que descubre será inesperado y hará que se cuestione muchas cosas, incluso su propia carrera militar.

Basada en hechos reales, *La Batalla de Hadiza* (Nick Broomfield, USA, 2007) se enmarca en el año 2005, durante la invasión de Irak por los Estados Unidos, en la localidad de Haditha, una bomba estalla al paso de un convoy de marines americanos, causando dos muertes. Enfurecidos por esta pérdida, estos llevan a cabo una brutal venganza. El violento registro de las casas de los alrededores acaba en la masacre de 24 personas, muchas de las cuales eran mujeres y niños.

Son of Babylon (Mohamed Al Daradji, Irak, 2009) muestra el periplo, tras la caída del régimen de Saddam Hussein, de un niño kurdo de doce años recorre con su abuela el

norte de Irak con la esperanza de encontrar a su padre, un soldado arrestado por la Guardia Republicana de Saddam al final de la Guerra del Golfo. En medio de la desolación se cruzan con otras personas en la misma situación.

Indigénes (Rachid Bouchareb, Argelia, 2006), es la historia de unos jóvenes argelinos que se enrolan para luchar contra los nazis que ocupan Francia durante la Segunda Guerra Mundial. Usados como carne de cañón, son tratados despreciativamente y de forma racista por sus oficiales franceses. Su paso por el ejército galo sólo les reportará frustración y desengaño, y con el tiempo el más absoluto de los olvidos. El estreno de la película tuvo una gran repercusión y sirvió para que el gobierno galo se viera obligado a anunciar que las pensiones de los soldados extranjeros que pelearon en el ejército francés se equipararían a la de los soldados nacionales, algo que había sido congelado en 1959, al iniciarse los procesos de descolonización.

Basada en la novela homónima de 1931 del mismo Dalton Trumbo, *Johnny cogió su fusil* (USA, 1971), da cuenta de un joven combatiente de la Primera Guerra Mundial, a causa de la explosión de una bomba, se encuentra en un hospital, con las piernas y los brazos amputados, sin cara, ciego, sordo y mudo. Cuando tras años de total aislamiento consigue comunicarse, mediante movimientos de la cabeza y el lenguaje morse, pide que le maten, una petición que no será atendida. Un contundente alegato antibelicista y una todavía más contundente reivindicación de la eutanasia.

Los demonios en mi puerta (Jiang Wen, China, 2000), ambientada durante la ocupación japonesa de China, en un pequeño pueblo de campesinos el ejército chino deja bajo custodia de los civiles a dos

prisioneros japoneses. A causa de la ocupación japonesa, el encargo se convertirá en una experiencia complicada que enfrentará a los distintos protagonistas a situaciones límite. Un relato de contenido antibelicista, crítico con el militarismo y los absurdos y los dramas que genera.

Basada en la novela homónima de Edgardo Esteban, *Iluminados por el fuego* (Tristán Bauer, 2005, Argentina) se ubica en La guerra de las Malvinas. El infierno cotidiano (frío, hambre y miedo) que debieron atravesar los soldados argentinos, adolescentes de 18 años, mal preparados y peor equipados, que fueron arrojados a aquellas islas desoladas para pelear contra uno de los ejércitos más poderosos del mundo.

Los gritos del silencio (Roland Joffé, Reino Unido, 1984), refiere el periplo de un periodista del New York Times trabaja como corresponsal de guerra en Camboya, acompañado de un guía e intérprete local. Serán testigo tanto de los errores de los Estados Unidos en la gestión del conflicto como de la brutal llegada al poder de los Jemeres Rojos y su ola represiva de terror y ejecuciones. Finalmente el periodista podrá abandonar el país, pero su acompañante acabará en un campo de concentración, bajo la arbitrariedad y la brutalidad de los Jemeres Rojos.

Apocalypse Now (Francis Ford Coppola, USA, 1979), da cuenta de la recreación de los horrores de la guerra del Vietnam, con todo tipo de medios espectaculares, incluso música de Wagner durante los bombardeos.

Stalingrado (Joseph Vilsmaier, Alemania, 1993), narra durante la Segunda Guerra Mundial, en la batalla del mismo nombre, en la cual perecieron más de un millón y medio de personas, entre combatientes y civiles (cuando Stalin, ante el avance alemán, ordeno conservar la ciudad a

cualquier precio, no permitió la evacuación de los civiles). La película narra las vivencias de un grupo de soldados alemanes que, al comprobar la absurdidad de la empresa y la gran crueldad con la que se lleva a cabo, va perdiendo de forma progresiva su idealismo.

Full Metal Jacket, de Stanley Kubrick (USA, 1987), maneja un argumento dividido en dos partes, la primera retrata el durísimo entrenamiento de los reclutas (una escuela donde se reduce la voluntad individual a su mínima expresión). La segunda parte se ocupa de la lucha en el campo de batalla durante la guerra en Vietnam. Un feroz alegato contra la alienación del hombre como soldado y la sinrazón de la guerra.

Platoon, de Oliver Stone (USA, 1986), centra el relato en Chris Taylor, un estudiante que por patriotismo se alista para luchar en Vietnam. Su primer destino será en un pelotón en la frontera con Camboya, bajo el mando de dos oficiales antagónicos: el sádico sargento Barnes y el idealista sargento Elias. Chris descubrirá la crueldad de la guerra y de muchos de sus compañeros cuando el sargento Barnes provoca una masacre en un poblado.

Dos Mujeres (Vittorio De Sica, Italia, 1960), se ubica en Italia, 1943, durante la ocupación alemana. Una mujer se ve obligada a huir de Roma a causa de los bombardeos, acompañada de su hija de trece años. Decide refugiarse en casa de unos parientes en una aldea en las montañas, de donde es originaria. Una visión del peligro en las ciudades para la población civil a causa de los bombardeos, de las penurias de los refugiados internos y de la brutalidad de la guerra bajo distintos aspectos: cuando deciden regresar a Roma, las dos mujeres serán salvajemente violadas en grupo por una milicia de los aliados.

Las Flores de Harrison (Elie Chouraqui, Francia, 2000) cuenta cómo, en 1991, un fotógrafo viaja a la ex Yugoslavia, donde ha comenzado hace poco una guerra entre croatas y serbios, considerada inicialmente por casi todos los expertos como un conflicto menor. Al poco de llegar, se ve implicado en un ataque y es dado por desaparecido. Su esposa, también periodista, no se resigna, y decide viajar al frente en busca de su marido, justo cuando el conflicto se ha extendido y se ha hecho aún más cruel. Una historia de amor junto a un retrato dantesco del horror de la guerra civil en la ex Yugoslavia: violaciones, ejecuciones, genocidios, desaparecidos...

La condición humana I, II y III (Japón, 1959), trilogía de Masaki Kobayashi sobre la vida de un joven idealista japonés durante la Segunda Guerra Mundial. Contrario a la militarización de su país, es reclutado a la fuerza y obligado a participar en la ocupación de territorios chinos, primero como responsable de la gestión de un campo de trabajo forzado de prisioneros y luego como soldado en el frente.

Basada en hechos reales, *La Caída* (Oliver Hirschbiegel, Alemania, 2004) se ubica al final de la Segunda Guerra Mundial, cuando Hitler y su círculo de confianza se han atrincherado en un búnker de Berlín. En las calles se libra una encarnizada batalla: a pesar de que toda resistencia es ya inútil, Hitler ha prohibido la rendición, con lo que se provoca mucho más sufrimiento a la población civil.

En *La vida y nada más* (Bertrand Tavernier, Francia, 1989), al terminar la Primera Guerra Mundial, cerca de 350.000 soldados franceses figuran como desaparecidos. El comandante Delaplane es uno de los militares que se ocupa de identificar los soldados muertos y pendientes de identificar, mientras que los familiares de los desaparecidos intentan confirmar su

muerte y localizar los cadáveres. Entre estos familiares está madame Irène de Courtil, que busca a su marido. Un alegato antibélico salpicado de notas de humor e ironía.

Salvando al Soldado Ryan (Steven Spielberg, USA, 1998) inicia con la brutalidad y la carnicería que se produce durante un desembarco aliado durante la Segunda Guerra Mundial. Luego la película cambia de registro, adoptando un tono patriótico y propagandístico: a un grupo de soldados americanos se les encomienda la misión de salvar a un único hombre. Deben arriesgar sus vidas para encontrar y devolver a casa al soldado James Ryan, cuyos tres hermanos han muerto en el conflicto. Al final, la película regresa al registro inicial, con otra serie de escenas impactantes sobre la brutalidad de la guerra.

Antes de la lluvia (Milcho Manchevski, Macedonia, 1994), es un relato estructurado en tres historias que tienen como trasfondo la guerra de Los Balcanes. Los protagonistas viven varias historias de amor determinadas por la violencia de la guerra. En la primera, un joven monje macedonio esconde a una joven albanesa musulmana perseguida por la comunidad cristiana. En la segunda, la directora de una agencia de noticias vive una relación sentimental conflictiva con un fotógrafo de origen macedonio que decide volver a su país. Este último personaje protagoniza la tercera historia, centrada en el regreso a su casa, dónde vivirá el horror de la guerra a través de la joven albanesa del primer episodio.

Senderos de gloria (Stanley Kubrick, USA, 1957), ubicada en la primera guerra mundial. Tras una terrible batalla, unos soldados escogidos al azar son acusados de cobardía y se enfrentan a un arbitrario

consejo de guerra, durante el cual no se respetaran las reglas de un juicio justo.

Sin novedad en el frente (Lewis Milestone, USA, 1930), aporta elementos de adaptación literaria de la novela de Erich Maria Remarque. Se halla ambientada en 1914 durante, en el inicio de la primera guerra mundial. Un joven alemán, después de ser arengado en su escuela se alista voluntario con sus compañeros en el ejército para combatir en la guerra. No obstante, una vez llegue al frente, verá que todo es muy diferente a lo que se le explicaba en la escuela.

CONCLUSIONES

El cine bélico, surgido a la luz de las confrontaciones épicas de la historia estadounidense, ha permeado la historia de la cinematografía mundial destacándose como el género que se nutre de los acontecimientos coyunturales del panorama internacional.

La guerra, entendida como el peor comportamiento de violencia estatal, también se interpreta como el fenómeno que da lugar a la unificación nacional en tanto el fervor patriótico desencadena la exacerbación de la identidad.

Ha sido el *ius cogens*, el parámetro normativo que establece limitaciones a las contiendas bélicas cuya génesis se remonta a los juicios de Nüremberg, destacando, entre otros principios, la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

En la narrativa fílmica, cada película de guerra se entiende como un pre-texto temático para abordar diferentes enfoques de los principios que sustentan el *ius cogens*, hasta el punto de generar criterios

interpretativos de situaciones prácticas que no pierden vigencia.

BIBLIOGRAFÍA

De Pablo, Santiago –Editor- (2007). *La Historia a través del cine. Las dos guerras mundiales*. Universidad del País Vasco, Bilbao.

Carrillo Santarelli, Nicolás (2007). *Los retos del derecho de gentes –IUS COGENS- la transformación de los derechos internacional y colombiano gracias al IUS COGENS internacional*. Universidad Militar Nueva Granada, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia.

Coma, Javier (1998). *Aquella guerra desde aquel Hollywood. 100 películas memorables sobre la Segunda Guerra Mundial*. Alianza Editorial, Madrid, España.

Coma, Javier (2005). *La ficción bélica. Grandes novelas americanas (y sus versiones cinematográficas) sobre la Segunda Guerra Mundial*. Inédita, 1ª ed., Barcelona, España.

Jiménez Vásquez, Raúl (2008). *Principio del Ius Cogens. Referencia especial al 10 de junio de 1971*. Comité 68 Pro Libertades Democráticas, 1ª ed., México.

Roch, Edmund (2008). *Películas clave del cine bélico*. Grupo Robin Book, Barcelona, España.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ¿DECADENCIA O AUGE?

Palabras clave

Luz Karime Angel⁷³

Universidad La Gran Colombia

Luz.angel@ugc.edu.co

Autonomía privada, voluntad, derecho privado

Abstract

RESUMEN

El artículo es un extracto de la investigación doctoral en curso que tiene por objeto reafirmar la naturaleza privada del arbitraje comercial internacional, para lo cual ha sido necesario profundizar sobre la autonomía de la voluntad, de la que nace la discusión sobre la existencia o declive de la misma, a raíz de la constitucionalización del derecho privado y la primacía de los derechos fundamentales sobre la autonomía privada. El estudio de esta figura jurídica lleva a consolidar la propia posición sobre las transformaciones de la autonomía privada y su adecuación al mundo económico globalizado, reivindicando su esencia y finalidad.

The article is a summary of the doctoral research course which aims to reaffirm the private nature of international commercial arbitration, for which it has been necessary to deepen on the autonomy of the will, which was born the discussion about the existence or decline it, as a result of the constitutionalization of private law and the primacy of fundamental rights on the private autonomy. The study of this legal figure leads to consolidate one's position on the transformations of the private autonomy and its adaptation to the world economy globalized, claiming its essence and purpose.

Key words

Private autonomy, will, private law

Fecha de recepción: 26 de enero de 2020

Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2020

⁷³Abogada. Universidad La Sapienza de Roma, Maestría en Derecho Comercial Internacional Universidad, La Sapienza de Roma, Especialista en Pedagogía y Docencia Universitaria Universidad La

Gran Colombia y Doctoranda en Derecho Universidad Santo Tomas, Docente Investigador Universidad La Gran Colombia.
Email: luz.angel@ugc.edu.co

INTRODUCCIÓN

El artículo presenta algunos resultados del avance de la investigación doctoral sobre la naturaleza privada del arbitraje comercial internacional, la cual desarrolla en una primera parte, la génesis del principio de autonomía de la voluntad privada, y en el cumplimiento de ésta, conquista la atención el hecho de encontrar orientaciones doctrinales que afirman el desaparecimiento de este principio, que con gran curiosidad, despierta el interés y justifica el presente trabajo, que tiene por objeto hacer un recorrido muy modesto sobre las etapas de transformación que ha sufrido el principio de la autonomía privada, buscando desvirtuar su decadencia.

El desarrollo del tema se dividirá en tres partes; la primera responderá a la concepción del principio de autonomía de la voluntad, conceptuando las nociones clásicas de libertad y moral, desde la filosofía y desde la dogmática jurídica; la segunda justificará la ubicación del principio dentro del derecho subjetivo, a través de una reconstrucción histórica de la doctrina del derecho subjetivo, siendo fundamento de la autonomía de la voluntad; y por último se fijarán los límites como confines de la actuación de los privados demostrando las transformaciones de la figura jurídica y su actual posición dentro del derecho.

Con el presente escrito se espera consolidar el concepto de autonomía de la voluntad privada, orientado a esclarecer los puntos oscuros de la doctrina, y demostrar que la tutela de los derechos fundamentales no va en contra de la

autonomía privada, sino que garantiza su tutela.

1. CONCEPCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Cuando se habla de autonomía de la voluntad privada, es necesario ir a la génesis del instituto, ahondar en principios filosóficos que giran en torno a éste, como la libertad y la autonomía sin dejar de lado la ética; a este propósito cabe recoger los puntos de vista de algunos filósofos que en este campo construyeron sus teorías.

Hegel en su obra *Fenomenología del Espíritu* (1985) hace un estudio sobre la lucha por el reconocimiento y a través de este llega a la noción de autonomía como concepción de voluntad libre transcurriendo la teoría kantiana⁷⁴; sobre este punto expone Miguel Giusti (2007, pág. 49 ss) "... en esencia, la concepción hegeliana del reconocimiento es un intento de ofrecer una mediación ética (*sittliche Vermittlung*) de la noción Kantiana de autonomía" efectivamente el autor afirma que el reconocimiento es una mediación y el modo posible de identificar la conciencia de la propia identidad, en efecto la autonomía viene tomada como un objeto que tiene la característica de ser universal y que solo con el reconocimiento de la voluntad autónoma, se engrana un proceso de particularización que produce el redescubrimiento de la propia autonomía que se actualiza continuamente por la interrelación con la comunidad ética (Estado) y concluyendo que Hegel reinterpreta la autonomía kantiana

⁷⁴ C.f. (Tobias, 2006 - 2007, pág. 106) Saul Tobias, expresa la importancia del trabajo de Hegel sobre el reconocimiento para llegar a la autonomía, y entonces afirma: "He shares with Taylor the view that the Hegelian dialectic of recognition is essentially dialogical, a struggle of claims and counter-claims that assumes a shared space of

public discourse. Honneth writes that according to Hegel's theory of recognition, "human individuation is a process in which the individual can unfold a practical identity to the extent that he is capable of reassuring himself of the recognition by a growing circle of partners to communication".

“a la luz de la lógica de la acción” en cuanto a mayor reconocimiento mayor autonomía (Giusti, 2007, pág. 50).

Cada vez que se habla de autonomía de la voluntad al mismo tiempo se está hablando de libertad, temas ampliamente complejos y discutidos desde los griegos hasta la actualidad, en efecto es importante traer a este estudio el análisis de Juan Carlos Bermejo (2003) sobre la autonomía de la voluntad desde tres puntos, Sófocles, Kant y Primo Levi, en el que muestra como la libertad humana es decir la autonomía de la voluntad de la que goza el individuo no puede ser exhaustiva encuadrada en una sola teoría, es el caso de visionar los tres puntos de vista que el autor recoge y expone en forma muy hegeliana tesis, antítesis y síntesis.

Inicialmente toma a Sófocles en una de sus tragedias en la que cuenta la historia de Edipo, que siendo maldecido desde el nacimiento cumple sus designios, no obstante que sus acciones y voluntad buscaran el contrario, evidenciando el problema de la libertad y el destino; la lectura que se le podría dar a este mito, es que la autonomía de la voluntad está limitada por el destino de cada individuo cuando éste ha sido trazado (tesis).

El otro punto de vista es el de Kant⁷⁵ que afirma que la condición humana tiene la capacidad de autodeterminarse, el corte de su teoría es eminentemente formal basada en dos elementos la noción de voluntad y la noción de ley; determina que los actos

humanos son morales por si mismos dada su propia naturaleza y siendo independiente de la voluntad de quien los realiza, ya que están influenciados por el carácter racional del hombre, que toma una decisión inspirado a unos motivos que le sirven para justificar sus actos; por lo tanto se concluye que para Kant la voluntad es autónoma⁷⁶ y cada uno labra su propio destino (antítesis).

Finalmente Primo Levi, italiano judío que cuenta en su historiografía, su experiencia en los campos de exterminio en la época nazi donde la autonomía de la voluntad de las personas era limitada, por la condición humana en que se encontraban hombres, mujeres y niños en esos campos hacinamiento, cansancio, etc.; para quienes vivían en esas condiciones, era anulada la idea de Estado, de moral, de autodeterminación y por lo tanto de su autonomía quedaba solo dos opciones la del suicidio o la de sobrevivir, teniendo en cuenta estos supuestos, es posible decir que en este caso la autonomía tenía límites imposibles de superar los cuales designaban su propio destino (síntesis) (Bermejo B, 2003).

En estos tres casos se denota como la autonomía en las diferentes circunstancias se exterioriza desde el interno del ser, la cual encuentra una diversidad de posibilidades donde entra en acción la voluntad, la moral que orienta el poder de decidir es claro ya en estos pasajes que la autonomía no es el ejercicio de un

⁷⁵ c.f. (Montoya L, 2006, pág. 78) “De acuerdo con Kant, un individuo obra autónomamente cuando tiene la capacidad de pensar sus acciones bajo unas máximas que podrían convenirse como principios constitutivos de una legislación universal posible. Es decir, cuando la acción es determinada por la incondicionalidad de la razón pura misma y no por un influjo o una inclinación. De tal manera, la autonomía kantiana instaura una noción fuerte de deber que, en opinión de Hegel, no incluye los contenidos Particulares de los sujetos morales”.

⁷⁶ 4 c.f. (Montoya L, 2006, pág. 79) Efectivamente el autor expresando el concepto de autonomía desde Kant aclara que es el imperativo categórico base del concepto de autonomía de Kant: “El imperativo categórico es un imperativo de la razón que está dirigido únicamente a aquellos seres razonables y racionales que experimentan la ley moral como una constricción de su voluntad”.

derecho, sino el poder la potestad para comportarse, existan o no los límites.

Retomando a Kant, es importante hacer mención de su pensamiento en uno de sus escritos más claros sobre el lugar de la autonomía en la filosofía moral, “La fundamentación de la metafísica de las costumbres”⁷⁷ (1785).

Kant crea la noción de moral con la cual atribuye una índole moral a los actos, “La moralidad es, pues, la relación de las acciones con la autonomía de la voluntad, esto es, con la posible legislación universal por medio de las máximas de la misma” citado por (Mardomingo S, 2002, pág. 4).

En el propósito de mostrar la interrelación entre autonomía y moral, otorga a la autonomía un lugar superior y central para el ejercicio de la moralidad, es así que afirmaba “el citado principio de la autonomía es el único principio de la moralidad” (Mardomingo S, 2002, pág. 6), es decir que la autonomía de la voluntad es el principio soberano de la moralidad y para llegar a la pureza moral ésta debe pasar por un filtro llamado autonomía.

Para Kant la autonomía no solo era un principio supremo, sino que iba más allá otorgaba al principio la legitimidad de todas las leyes morales y de los deberes, es decir que el hombre no solo está sujeto a las leyes de los hombres sino que en primera medida está atado a su propia legislación que es según Kant “universal”.

En el análisis hasta ahora desarrollado, la libertad y de hecho la autonomía de los individuos es condicionada, pero no siempre en forma negativa sino como el resultado de vivir en sociedad; ahora para

aterrizar al punto que nos interesa es preciso entrar en el mundo del derecho civil que disciplinó esta autonomía a través de figuras jurídicas que regulaban las relaciones entre los privados como las obligaciones y los contratos⁷⁸.

Es así, que materia de contratos y obligaciones, la figura del negocio jurídico es una piedra angular, porque representa, la expresión de la voluntad libre del individuo que promueve las relaciones jurídicas y el cumplimiento de los intereses privados con efectos jurídicos, por ser reconocida por la ley positiva que otorga el ejercicio de los derechos subjetivos.

En la doctrina del negocio jurídico la voluntad cumple un papel esencial, siendo expresada a través de la declaración de voluntad, creando vínculos jurídicos y normas jurídicas que se agregan al ordenamiento que rige entre las partes siendo reconocidas por el derecho; la validez de la voluntad expresa, está reservada al ordenamiento jurídico, no obstante ésta produce efectos jurídicos cuando es declarada lícitamente, como consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad que prevé la normatividad.

Se reconoce entonces que la autonomía de la voluntad está formada por dos partes: la primera responde “al poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y la segunda al poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos” (Hernández F & Guerra C, 2012, pág. 30).

Es pacífico afirmar que cuando se habla de contrato consensual se reconoce a la base

⁷⁷ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, su primera publicación de filosofía moral.

⁷⁸ c.f. (Espinosa Q, 2007, pág. 122) “Es así como, en la interpretación de los contratos, el juez, ante un ejercicio desmedido del poder de negociación de la

parte dominante, está en condiciones de privar de eficacia a las cláusulas abusivas”.

la voluntad de las partes para crear esa convención, que obliga a las mismas, algunos afirman que ya se hablaba de contrato en el año 51 AC (Diaz S, 2002, pág. 117), el derecho romano desarrolló esta institución jurídica en forma amplia, y luego el derecho continental europeo siguió el mismo camino reconociendo como contrato el resultado del acuerdo o consentimiento que obliga a las partes, recogido en Latinoamérica a través del código de Napoleón.

El famoso principio del *pacta sunt servanda*, instituye la fuerza obligatoria en los contratos, pero también se reconoce a través de esta en el Derecho Romano la autonomía de las partes para acordarse, y ya en ese tiempo la autonomía privada tenía una limitación, esto se lee de la norma romana que establecía Gayo, que disponía que los pactos convenidos en contra de la ley Civil eran no válidos, Digesto, 2,14,28 citado por (Diaz S, 2002, pág. 118).

En época romana, el contrato obligatorio consensual de compraventa era contemplado dentro del derecho positivo romano, aunque lo relevante es tener en cuenta la influencia de la autonomía de la voluntad en este instituto y en especial en el contrato que se realiza con arras, debido a que la voluntad determinaba el nacimiento del contrato de compraventa y su modalidad, es preciso decir que en el Derecho Romano la voluntad de las partes era soberana cuando se referían a contratos consensuales, y esta permitía a las partes disponer de agregar al acuerdo un pacto comisorio o pactar arras, acordando causa, función y efectos o simplemente dejarlo en blanco; lo que se entiende, que era dejado a las partes la decisión de pactar o no arras y su forma, y así las partes eran autónomas para establecer una reglamentación para el uso de las arras; mostrando el predominio de la voluntad en la compraventa y la regulación de la

arras como fruto de ésta y no como un elemento esencial del contrato (Lopez-Rendo R, 2005, pág. 82) a esta autonomía se le podría nominar libertad contractual de contenido. .

La autonomía no era total, la ley de Justiniano por ejemplo daba límites a esta autonomía; cuando establecía que en un contrato consensual perfeccionado, este no podía ser resuelto por voluntad unilateral de los contratantes.

Es claro que el contrato ha sido una institución regulada por la ley, por lo tanto la autonomía de la voluntad privada ha sido siempre concedida por la ley, en efecto Ferri (1959) sostiene que la autonomía privada no es un poder originario sino otorgado a los individuos por una norma superior que define también límites, por tanto, así como la ley amplía esta autonomía negocial, igualmente la restringe y muchas veces interviene modificando acuerdos negociales ya perfeccionados, esto muestra como la institución es regulada por normas legislativas que tienen un poder superior sobre la ley negocial.

La ley negocial es emitida por sujetos de derecho en el ejercicio de la autonomía de la voluntad regulada por la norma legislativa, que atribuye poder negocial pero que también puede limitarlo o negarlo, es así que la autonomía se encuentra en un espacio de la libertad de los individuos para crear normas negociales, cuando exteriorizan su voluntad y decisiones.

Si se afirma que el contrato es una fuente de obligaciones, y que estas últimas nacen por la voluntad de los sujetos en busca de la realización de un fin, entonces es pacífico afirmar que Kant concebía la autonomía de la voluntad en sus estudios filosóficos en cuanto ubicaba la voluntad como fuente única de toda obligación, y esta voluntad le daba la cualidad de justa,

debido a que su teoría aseveraba que cuando se tomaban decisiones para sí mismo estas solo podían ser justas, del mismo modo afirmaba que la voluntad está pensada como un fenómeno de acción visible y necesariamente conforme a la ley natural y por lo tanto no es libre (Kant, 1787, pág. 22).

Al derecho contractual se le atribuyen valores en los ordenamientos de constitución escrita, uno de los valores es el de la autonomía privada, aludiendo a la libertad de concluir contratos⁷⁹, lo cual llevaría a pensar que por ser catalogada como un valor, estaría protegida por la Constitución. Estas normas específicamente públicas, al irse desarrollando e incrementando, con el tiempo dieron lugar al nacimiento de una rama especial del Derecho, el Derecho administrativo, en cuanto Derecho regulador del funcionamiento y de los derechos y obligaciones de la Administración Pública, diferenciado del Derecho privado, cuyo ámbito queda circunscrito exclusivamente a las relaciones entre particulares (Ortiz Vanegas, pág. 15).

Para lograr una aplicación directa de las normas constitucionales a las relaciones entre los particulares, algunos doctrinantes posicionan la libertad contractual dentro de los derechos de las personas, mientras que otra parte de la doctrina, ubica el principio de la libertad contractual en la libertad de iniciativa

económica privada (Alpa & Bessone, 1991, pág. 16), posición a la que adhiero.

Es importante diferenciar entre la noción de contrato que responde a una función social y el reconocimiento constitucional que se le concede al contrato desde el principio de la autonomía contractual, ubicándolo entre las libertades fundamentales del individuo, es decir en aquella parte social de la carta constitucional que no permite límites, subordinaciones y otros intereses, esta última interpretación hace parte de quienes la categorizan dentro de los derechos de las personas.

Es claro como la autonomía contractual y negocial está subordinada a las exigencias de las necesidades sociales, es así que este principio por ejemplo en el ordenamiento italiano está subordinado por el art 1322 c.c.⁸⁰, es decir por los límites impuestos por la ley; sin embargo esta autonomía contractual concedida por la ley, puede ser derogada de acuerdo con el art. 1339 c.c.⁸¹ en el que se establece la existencia de cláusulas, precios de bienes y servicios impuestos por la ley que sustituyen *de iure* las cláusulas no conformes estipuladas por las partes, lo que muestra que el principio no recibe una tutela directa de la Constitución, solo la recibe indirectamente cuando la Constitución italiana prevé la iniciativa económica art. 41 y el derecho de propiedad art. 42 que conducen a la autonomía privada.

⁷⁹ c.f. (Espinosa Q, 2007, pág. 123) “(...)los límites a la autonomía, se identifican por la invasión de la norma en campos antes confiados a la plena autonomía contractual (piénsese en los contratos de seguro, transporte, arrendamiento, entre otros), la actividad del juez al interpretar el contrato (frente a cláusulas abusivas que vulneran la buena fe y la lealtad contractual debida), los nuevos derechos de la parte débil del contrato (derechos del consumidor)”.

⁸⁰ Art. 1322 Autonomia contrattuale: Le parti possono liberamente determinare il contenuto del

contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

⁸¹ Art. 1339 Inserzione automatica di clausole: Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge (o da norme corporative) sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti (1419, 1679, 1815, 1932).

El ordenamiento jurídico colombiano por su parte no cuenta con una norma explícita de autonomía contractual como en el ordenamiento italiano, el Código Civil colombiano reconoce la autonomía contractual, la cual deduce de la interpretación de varios artículos, en el art. 1494 C.C. se definen las fuentes de las obligaciones que estas nacen del concurso real de las voluntades de dos o más

partes; reconocer el actuar de las partes por medio de su voluntad, responde a la autonomía de la voluntad; el art. 1502 C.C. determina los requisitos para obligarse por un acto o declaración de voluntad, que entre otros exige el objeto lícito y la causa lícita, esta última es definida en el art. 1524 C.C., y puede interpretarse como la libertad a contratar que a la base concede la autonomía de la voluntad privada a los particulares y fija los límites de su poder, puesto que tipifica que la causa es el motivo que conduce al acto o contrato, pero no puede ir en contra de la ley, ni ser contraria a las buenas costumbres y al orden público⁸².

En cambio sobre la tutela constitucional a la autonomía de la voluntad, igualmente como en el ordenamiento italiano existe una tutela indirecta que nace del art. 58 Const. Pol. Col., que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo de las leyes civiles; y del art. 333 Const. Pol. Col., que

establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Es preciso recordar que la autonomía contractual en materia comercial⁸³ es instrumental respecto de la iniciativa económica, los límites impuestos en materia contractual comercial están limitados dentro de los límites de la iniciativa económica, con el objeto de respetar los fines previstos y consentidos en la constitución, es tos límites impuestos a estos principios tiene por objeto armonizarlos con la utilidad social para poder garantizar la función social sin desconocer el goce de los bienes de producción o del ejercicio de cada actividad productiva. Es claro que la autonomía contractual debe ceder ante motivos de orden superior, económico y social considerados por la Constitución. La ecuación financiera significa igualdad, balance, pero particularmente en los contratos de tracto sucesivo puede romperse ese esquema de igualdad derivado de muchas causas o motivos algunos externos; causas que aplicando la teoría de la imprevisión pueden ser algunas endógenas y otras exógenas que pueden romper el esquema de la igualdad económica del contrato (Ortiz Vanegas, pág. 46).

⁸²c.f. (Espinosa Q, 2007, pág. 121) "Las conclusiones a las que se llega en relación con el salvamento de voto comentado (Sentencia C-347/97), consisten en que (i) se reitera la vigencia del principio de autonomía de la voluntad privada y la libertad de contratación, pero (ii) se propugna porque no se establezcan –como las denomina el profesor CIFUENTES– "Zonas Inmunes", so pretexto o en nombre de la "libertad contractual". De allí que considere que la corte debió declarar exequibles o ajustadas a la Constitución, pero de manera condicionada, las normas demandadas". (negrillas fuera del texto)

⁸³c.f. (Espinosa Q, 2007, pág. 123) "No obstante, a pesar de la inclinación evidente por el reconocimiento del principio en estudio, operan en el sistema jurídico mercantil colombiano los frenos que a dicho principio han puesto la denominada "reacción legislativa", así como la acción de la rama ejecutiva, complementada con la "interpretación judicial de los contratos" que constituyen, por así decirlo, la tríada de límites adicionales a la autonomía de la voluntad privada, adicionales a los reconocidísimos de "orden público" y "buenas costumbres".

Los cambios que ha sufrido el principio de autonomía han sido notables, pero precisamente en lo que tiene que ver con la libertad para contratar⁸⁴ la influencia del sistema de *commom law* cumple un papel importante, se ha venido diciendo que la autonomía contractual tiene una función social es decir que prevalece el interés social sobre el interés de los privados, esto en un sistema de tradición romano germánica, mientras que en el sistema de *common law* prevalece la ideología neo liberal que otorga una autonomía más amplia a las partes y evita de intervenir en los negocios privados.

Las transformaciones del siglo actual vienen identificadas por la contratación colectiva o masiva y la institucionalización del contrato como un aspecto de política económica social⁸⁵, es así que el principio de libertad contractual se convirtió en el baluarte de los neoliberales en la economía, que encuentra sus límites en el reconocimiento de las desigualdades en el contrato y específicamente en el reconocimiento de la existencia de la parte débil que merita tutela,

efectivamente se lucha por implantar un nuevo principio general de la

⁸⁴ 12 c.f. (Espinosa Q, 2007, pág. 119) “Ahora bien, dentro del marco general de referencia al que corresponde el principio de autonomía de la voluntad privada que se ha venido examinando, cobra especial importancia el concepto de “autonomía conflictual”, vinculado estrechamente a dicho principio, entendiéndose como autonomía conflictual la libertad que tienen las partes del contrato para definir el contenido y régimen en el contrato celebrado, en palabras más categóricas, para escoger la ley y el juez de su contrato, acordando, incluso, la aplicación preferente dentro del territorio colombiano, de otro ordenamiento jurídico constitucional, siempre y cuando el contrato en mención tenga el elemento extranjero exigido y el conflicto que de él surja se relacione con bienes transables”.

⁸⁵ c.f. (Rodríguez E, 2009, pág. 537) “Las nuevas circunstancias económicas y sociales derivadas de la globalización de los intercambios comerciales y

contratación que es el “economic fairness” y evitar de producir tantas normas que dificultan el ejercicio de la autonomía contractual (Alpa & Bessone, 1991, pág. 20 y ss.).

Luigi Ferri notable doctrinante italiano, que profundizó de manera importante el principio de autonomía privada, dejaba en claro que no debía confundirse autonomía privada con iniciativa privada, puesto que se limita solo al aspecto económico de la institución jurídica (Ferri, 1959, pág. 24).

Dentro de sus intentos por precisar la noción de este principio afirma que la autonomía privada debe entenderse como la libertad natural o moral de querer o de determinarse en un modo o en el otro, es un dato real que constituye solo un presupuesto, un antecedente de la fenomenología jurídica, es decir que esta autonomía no es solo una expresión de licitud o de una facultad, sino de la manifestación de poder, de un poder de crear derecho dentro de los límites impuestos por la ley y las normas (Ferri, 1959, pág. 26).

Ferri (1959) acoge la tesis que si el negocio jurídico es fuente de normas

del aumento imparable del desempleo están propiciando un proceso de signo inverso al hasta ahora recorrido; las exigencias de flexibilización apuntan a una diversificación de las relaciones laborales y a un intento de disolución del contrato de trabajo en esa relación de empleo de perfiles borrosos en la que se quieren encuadrar las diferentes formas de trabajo atípico o las derivadas de nuevas y complejas organizaciones productivas en las que, cada vez con mayor frecuencia, se produce el fenómeno de la externalización del trabajo y, consecuentemente, el intento de extraer a quienes lo prestan del campo del ordenamiento laboral para introducirlos en los dominios que regulan las prestaciones de servicios independientes, hasta el punto de que en la doctrina haya podido hablarse no sólo de parasubordinación, sino incluso, de pseudocontratados de trabajo y pseudoempresarios”.

jurídicas, entonces la autonomía privada es una típica expresión de la voluntad de los particulares dirigida a perseguir fines e intereses típicamente privados en consecuencia, es un poder normativo.

La voluntad general tiene importancia solo cuando otorga a los particulares el poder de crear derecho objetivo, ya que esta reposa sobre una norma superior que es expresión de una voluntad general o de la comunidad, por lo tanto la autonomía privada tiene una función institucional por corresponder a la querer o voluntad de la comunidad⁸⁶.

La autonomía privada en cuanto se concreta en los singulares negocios jurídicos, se entiende como un poder concedido al particular para el cumplimiento de sus fines privados; por lo tanto teniendo como punto firme que el negocio jurídico es la expresión de la voluntad de los particulares, entonces la autonomía privada se convierte en el poder atribuido de la ley a los particulares de crear derecho, es decir de establecer normas jurídicas entre las partes⁸⁷.

Para Ferri (1959) el negocio jurídico no solo es el resultado del ejercicio de una

facultad, o de actuar lícitamente según el derecho, sino que va más allá, en cuanto constituye el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad, y desde donde se identifica la autonomía privada. El poder es una situación preliminar a la relación jurídica mientras que la facultad en una situación en la relación jurídica.

La autonomía privada no es un poder originario o soberano, puesto que le es otorgado a los particulares a través de una norma superior, la cual regula su ejercicio estableciendo deberes y limitaciones, en consecuencia la ley es la fuente de validez de la norma negocial (Grisi, 1999, pág. 39) La libertad de contratar responde a un momento estático y la libertad de contenido responde a un momento dinámico, dentro del negocio jurídico, sin embargo este principio se deduce del reconocimiento como derecho, los contratos atípicos e innominados. La autonomía de la voluntad cumple un papel esencial en los contratos, y en el poder negocial de las partes; este poder ha ido evolucionando para dar respuestas a la economía de mercado que es el perno del desarrollo político, económico y social⁸⁸, en cuanto la importancia del intercambio de bienes y servicios ha

⁸⁶ c.f Refiriéndose al querer o voluntad de los individuos es importante citar la reflexión que Mauricio Montoya hace desde el pensamiento de Hegel frente a la teoría de Kant, el cual complementa el concepto de autonomía: (Montoya L, 2006, pág. 79) “Pues, si bien Hegel comparte la idea kantiana que la autodeterminación de la voluntad debe fundarse en el deber, el problema estriba en que la autonomía de la razón práctica de Kant –desde el punto de vista de Hegel– es autorreferencial, dado que sólo apela a la forma pura del deber pero no alcanza la reconciliación necesaria que Hegel reclama en el punto de vista ético”.

⁸⁷ 15 c.f. (Amstutz, Abegg, & Karavas, 2007, pág. 243) From a historical perspective, nothing argues essentially against this conceptual readiness of the law of contract; right from the beginnings of market society, contract law has played a key role in constituting economic autonomies and making them compatible with other social contexts. In nineteenth

century society, the need was to ensure the necessary basis of trust in contractual relation between individuals and to protect the individual from being deprived of contractual freedom, thereby legally enabling and pushing forward the differentiation of the economic system. In the twentieth century, the de facto freedom of action of broad strata of the population was achieved, thereby making the differentiated economy compatible with other social areas through political concepts. After *Post v. VgT*, it is now more strongly the constitution of the intrinsic rationality of the various areas of social autonomy that are central to the task of the law of contract, not least as a response to the policy of privatization.

⁸⁸ c.f. (Perrin, 2005) El modelo voluntarista liberal parece a primera vista comportarse maravillosamente bien en esta época de globalización. Las convenciones libremente suscritas constituyen aún el fundamento

tomado el contrato como un instrumento adecuado a este fin. En esta era de globalización el contrato⁸⁹ pasa de ser un acuerdo de voluntades en el que se negocian los términos y cláusulas es decir discrecional, a un contrato predispuesto o contratos de empresas que han tenido auge sobreponiéndose a los contratos civiles, efectivamente la mayor parte de contratos que hoy las personas concluyen son contratos comerciales, que generalmente son de adhesión, donde la aceptación de las condiciones y obligaciones las propone el oferente con antelación, con el fin de acelerar y reducir costos en el proceso de negociación y transacción. En estos tipos de contratos la libertad queda limitada a una autodecisión de aceptar la oferta o rechazarla, a diferencia de la antigua negociación de cada una de las partes del

contrato denominada autorregulación que fue desplazada (Díaz S, 2002, pág. 132).

Teniendo en cuenta los cambios descritos, es claro que la nueva tendencia de los contratos crea palpables desequilibrios negociales, que se equilibran con la aplicación de los Derechos Humanos que tutelan la igualdad y la libertad de los individuos⁹⁰, efectivamente en estos tipos de negociaciones existían grandes desigualdades a desfavor de una de las partes, por ejemplo, las cláusulas abusivas que desde hace mucho tiempo integraban los contratos de seguros, desnaturalizando las obligaciones de las partes; el reconocimiento de la parte débil y la institución de la tutela al consumidor, reestableció los desequilibrios.

Encontrándose en una época postmoderna donde no existen fronteras⁹¹, es necesaria

incontestado y definitivo de las obligaciones privadas de cualquier naturaleza, tanto de las que surgen en el marco de las relaciones internas cuanto de las internacionales, si esta también clásica distinción corresponde todavía a la realidad de nuestros días. Los juristas no se preocupan, de acuerdo a este sistema, con el objeto querido o, si se prefiere, con el objeto intercambiado por las partes. Basta con que los derechos subjetivos y sus corolarios en términos de obligaciones hayan sido libremente queridos para que los mismos se tomen dignos de protección social: "sit pro ratiōne vluntas".

⁸⁹ c.f. (Zumbansen, 2007) The complexity of the economic, political, cultural and geographic environment in which these changes of the regulatory landscape are occurring is only insufficiently captured through allusions to "globalization." We are today already benefiting from a host of instructive and insightful assessments of the changes, which are reshaping the relations between state and society, leading to a redefinition of traditional concepts of actors and norms, and of the meaning and concept of "government" and democratic rule. While historical contract law studies regularly concerned themselves with the context in which rules and principles were emerging -in other words, the political economy of governance by contract- the view prevailing in today's assaults on welfarist contract law adjudication seems to be much more matter-of-fact,

more concerned with the desired efficiency of contracting arrangements than with issues of distributive justice tied to such exchanges. In this light, contract lawyers are challenged to reassess the field, to assert what the law of contract is, or should be, addressing.

⁹⁰ c.f. Teniendo en cuenta la tutela de la igualdad y libertad de los individuos, la discusión de la autonomía permea otras áreas del derecho, como el Derecho Laboral en este sentido se afirma: (Rodríguez E, 2009, pág. 537) "(...) En todo caso se trata de un proceso condicionado por la tensión que sucesivamente ha ido enfrentando la autonomía del individuo con la heteronomía del Estado, o ésta con la autonomía colectiva. Si en un principio fue necesaria la intervención legislativa para corregir la falacia del contrato libre, sólo la combinación equilibrada del intervencionismo estatal y de la actuación normativa de los grupos profesionales es la que históricamente ha propiciado la consolidación del Derecho del trabajo como parcela del ordenamiento jurídico dotada de autonomía propia (...)"

⁹¹c.f. (Espinosa Q, Estado, legitimidad y nuevas tecnologías, 2005, pág. 19) "[...] Vivimos en un mundo en el que la globalización y la cooperación internacional han dado un sentido nuevo al concepto de soberanía» . El reto, entonces, es armonizar los ordenamientos jurídicos existentes, manteniendo al mismo tiempo, su propia independencia".

una armonía entre las distintas legislaciones nacionales, con el fin de lograr un lenguaje común en materia de contratos, facilitando a los operadores del sistema de mercado una mejor interrelación de intercambios comerciales internacionales tutelados por los límites impuestos a la autonomía de la voluntad (Díaz S, 2002).

Por lo tanto es coherente afirmar que el instituto de la autonomía de la voluntad, realmente no está siendo eliminado o desconocido, sino ampliado para adecuarse a la nueva realidad del mercado⁹², siendo entonces limitada además por el respeto al orden público, las buenas costumbres y la fe, también ésta deberá tener un cierto comportamiento cuando una de las partes sea más débil que la otra, en cuanto no podrá aprovechar de su poder como parte dominante, y las cláusulas pactadas que se califiquen como abusivas se tendrán como no escritas en algunos casos y otras podrán ser inválidas o invalidadas.

Sin embargo en aquellos contratos que exista igualdad jurídica entre las partes, éstas podrán disponer de plena autonomía privada aunque sus acuerdos desnaturalicen sus obligaciones, sin dejar de lado que deberán respetar la ley frente a la licitud del objeto y de la causa, debido a que su inobservancia conlleva a nulidades.

2. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

⁹² c.f. Es así como los avances del derecho se denotan en la reafirmación de este concepto, por ejemplo en el Derecho Internacional Privado, en este sentido cabe citar: (Vial U, 2013, pág. 892) “La autonomía de la voluntad, como principio del Derecho Internacional Privado se desarrolló principalmente a mediados del siglo 19 y 20. Si bien, su aceptación fue inicialmente controvertida en algunos países, es hoy tan universal que se la

PRIVADA EN EL DERECHO SUBJETIVO

Ya se ha explicado anteriormente que la autonomía de la voluntad, y más precisamente la libertad de contratar encuentra sus inicios en la antigua Roma, resta solo de entender como este poder de actuar bajo la propia voluntad, fue categorizado dentro del derecho privado, en el derecho subjetivo.

Actualmente hablar de derecho en sentido subjetivo, denota en forma general una posición de ventaja para el sujeto, con la cual ejerce legítimamente poderes o facultades, bajo esta concepción se puede aseverar que el derecho subjetivo a diferencia del derecho objetivo – el cual es constituido por normas – necesita de la actuación de los sujetos para tener una connotación de derecho individual (Sacco, 2005, pág. 3). Esta figura jurídica es contenida en muchos sistemas jurídicos.

El derecho subjetivo tiene una gran tradición en la historia antigua, aunque no era catalogado como tal, existía visto desde otro punto de vista que es necesario analizar para entender realmente la génesis de la autonomía de la libertad.

Si se piensa que el derecho subjetivo tiene como fundamento la propiedad privada, y que pertenece a un modelo de apropiación de bienes, es claro que su nacimiento podría ser ubicado en una época más cercana y no en sistemas en los cuales el individuo es un miembro de un grupo o en la comunidades fundiarias; pero si se entiende por derecho subjetivo

considera como perteneciente al “cuerpo común de los sistemas legales”. Paradójicamente, ella continúa sin ser universalmente aceptada en Latinoamérica. Así, por ejemplo, es persistentemente rechazada en Brasil y Uruguay; es aceptada como una práctica legal en Argentina, países que no tienen normas generales que la regulen, y solo ha sido recientemente regulada en las leyes de México, Perú y Venezuela”.

un fenómeno ligado a la naturaleza de los hombres en sociedad, no será posible pensar que esta figura jurídica sea el resultado de una invención moderna y occidental. Sul punto, Sacco (2005), citando a Carbonnier ilustre sociólogo del Derecho que ahondó el tema del derecho subjetivo, reconoce como ésta institución jurídica tiene antecedentes milenarios, situando sus primeros fundamentos en los comportamientos del hombre prehistórico que revelaba procesos de subjetivación en sus actos, esto se podía comprender por los descubrimientos arqueológicos de tumbas, en los cuales se encontraban los individuos con sus joyas, armas, en fin sus pertenencias, representaba que aunque en esas sociedades la tierra no era objeto de apropiación individual, existía una relación entre el individuo y los bienes conducentes a un fenómeno de derecho subjetivo. Carbonnier en (Sacco, 2005, pág. 6 y ss.) afirma que en estas sociedades antiguas el derecho subjetivo es el pequeño derecho contrario al grande derecho de las cosmogonías, lo que constituye la semilla de la norma y del derecho objetivo, sin la figura del legislador, puesto que la ley como la entendemos hoy no existía.

Este fenómeno de apropiación individual de cosas no es exclusivo de los seres humanos, en cuanto los animales también tienen estos comportamientos que se perciben en la relación que instaura con el

territorio y que defienden de las intrusiones, por lo que se podría comprender estos comportamientos en términos de derecho subjetivo.

Una vez identificado que el fenómeno del derecho subjetivo es inherente al hombre, y que lo ejercita a través de toda la historia, se debe llegar al punto en el que este fenómeno se concretiza en una teoría que logra su espacio en el derecho positivo⁹³.

Las teorías del derecho subjetivo surgen en el transcurso del siglo XVIII, ya que el derecho romano clásico no lo concebía como tal – como una categoría ordenada del derecho privado - pero si existía el reconocimiento de los poderes y de las facultades a los individuos, pero no como una figura central del pensamiento jurídico romano⁹⁴, apartándose de la concepción que hoy se tiene de los ordenamientos jurídicos en los que priman los derechos individuales, reconociendo como titular de derechos subjetivos el ser humano en cuanto tal (Sacco, 2005).

Esta última concepción fue madurada desde la época de la codificación, en la que tiene protagonismo el iluminismo y el iusnaturalismo jurídico, dejando atrás las concepciones del derecho común en el que predominaban las acciones sobre los derechos⁹⁵.

Hugus Donellus, jurista francés, que aplicó métodos del humanismo al

⁹³ c.f. (Fernandez de Bujan, 2008) “(...) en relación con el derecho positivo, constituye el derecho romano un poderoso auxiliar interpretativo, ya que el Código no presenta sino el punto histórico final en la evolución de un principio jurídico y solo puede llegarse a una cabal comprensión del mismo analizando la raíz remota de donde proceda (...)”.

⁹⁴ c.f. (Fernandez de Bujan, 2008) Rodriguez Ennes afirma: “que el Derecho Romano no es solamente un objeto de erudición, sino el elemento básico para el conocimiento del Derecho Privado de todos los países con cultura jurídica de progenie europea.

Ante los nuevos horizontes de la unificación internacional del Derecho privado, el Derecho Romano constituye la imprescindible ase y reserva de concepciones y esquemas comunes de la jurisprudencia occidental”.

⁹⁵ c.f. (Amstutz, Abegg, & Karavas, 2007, pág. 242) “The structure of today's society can be described from Gunther's viewpoint as a differentiated one insofar as variously specialized areas of action have developed out of combinations of individual contextures that follow a common "context-rationality””.

derecho, fue uno de los primeros que intentó subordinar la acción al derecho subjetivo, criticando el *Corpus Iuris Civilis*, que daba primacía a las acciones sobre los derechos, esto en consecuencia de la organización social y económica de la época, que se dividía en estratos y en la que dominaba el particularismo jurídico, lo que hacía comprender que el derecho subjetivo era dominado por los mismos individuos, situación que luego cambia en la codificación del derecho civil, en cuanto el derecho subjetivo se encuentra dominado y gestionado por el derecho objetivo, es decir por las leyes del Estado. Este desarrollo se da en el siglo XIX en el que la voluntad individual toma una posición protagonista y cambia el control de las fuentes del derecho en manos del Estado conciliando el positivismo jurídico y la soberanía estatal con la doctrina del derecho subjetivo (Sacco, 2005, pág. 12).

Es claro que actualmente el derecho subjetivo está inscrito en las dimensiones del derecho objetivo, y son los ordenamientos jurídicos que garantizan los derechos subjetivos a los individuos,

siendo titulares de estos⁹⁶. Por lo tanto el poder de la voluntad constituye el núcleo del derecho subjetivo, concedido por el ordenamiento jurídico; en otras palabras el ordenamiento transforma la propia facultad en la facultad de los singulares particulares, que por medio de la voluntad ponen en acto la norma, en este sentido se argumenta la aseveración de que “la doctrina del derecho subjetivo es el santuario de la autonomía privada” (Sacco, 2005, pág. 11).

En la era moderna se presenta una competición entre ordenamientos jurídicos, frente a la capacidad de regular la actividad de los privados y las garantías que ofrecen en el reconocimiento de la autonomía privada⁹⁷, efectivamente la apertura de las fronteras lleva a la deslocalización de las acciones de los singulares privados, en cuanto estos pueden escoger para realizar sus intereses ordenamientos menos rígidos que les permita realizar esas actividades⁹⁸.

En este orden de ideas se muestra como el concepto de derecho subjetivo ha ido transformándose hasta llegar a tener una

⁹⁶ c.f. (Perrin, 2005, pág. 162) “(...) el sujeto de derecho como dicen los juristas, dispone de prerrogativas que el orden jurídico contemporáneo reconoce y protege. Estos derechos, que la teoría del derecho privado califica de “subjetivos”, adquieren estatus jurídico como consecuencia del intercambio de declaraciones de voluntad”.

⁹⁷ c.f. Así mismo, cabe destacar que actualmente se reconoce otro principio de autonomía y es el de la autonomía conflictual, en este sentido se expresa: (Leible, 2011, pág. 215) “De la autonomía privada se tiene que diferenciar la autonomía conflictual, que concede a las partes de un contrato la libertad de elección del derecho. Las partes pueden decidir por ellas mismas a qué derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas. La autonomía conflictual se ha impuesto, al menos en el Derecho internacional de los contratos, como modelo de conexión casi en todo el mundo, y por ello puede calificarse como su principio más importante. La autonomía conflictual no se presenta por lo tanto como la continuación de la autonomía privada, sino

que es expresión de una idea de autonomía y de libertad por encima del derecho positivo”.

⁹⁸ c.f. (Granovetter, 1985, pág. 507) “The use of embeddedness analysis in explicating proximate causes of patterns of macro-level interest is well illustrated by the markets and hierarchies question. The extent of vertical integration and the reasons for the persistence of small firms operating through the market are not only narrow concerns of industrial organization; they are of interest to all students of the institutions of advanced capitalism. Similar issues arise in the analysis of “dual economy,” dependent development, and the nature of modern corporate elites. But whether small firms are indeed eclipsed by giant corporations is usually analyzed in broad and sweeping macropolitical or macroeconomic terms, with little appreciation of proximate social structural causes”.

dimensión transnacional, en la que no solo el Estado los garantiza sino también las instituciones jurídicas internacionales competentes.

3. LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

Sobre los límites a la autonomía de la voluntad⁹⁹, existen varias posiciones, de una parte se habla de una supresión de esta institución, de otra parte se habla de constitucionalización del derecho privado¹⁰⁰ (Tamayo J, 2013, pág. 364) ya que los límites tutelan los derechos fundamentales, asimilados dentro de los principios constitucionales, y por último esta quien asevera (Díaz S, 2002, pág. 147) que se está de frente a una socialización del Derecho Civil¹⁰¹ en el que se honra el principio de igualdad.

En las relaciones jurídicas entre los particulares, el orden público configura los límites de la autonomía de la voluntad privada, entendiéndose por orden público desde el derecho privado como: “el conjunto de principios y valores fundamentales de la comunidad tendentes a conseguir el bien común de la sociedad” (Acedo P, 1996-1997).

La noción de orden público nace en el derecho romano bajo el principio “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*”; que coarta el actuar de los particulares en el ejercicio de su autonomía de la voluntad; la noción de orden público, también puede ser usada por los mismos particulares para defender el ejercicio de su libertad contractual, cuando el poder público se extralimita, restringiéndola bajo el pretexto del interés público (Acedo P, 1996-1997, pág. 332).

Ya el Código civil de Napoleón en el título preliminar, art. 6 establecía que: “*On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*”, lo que se conoce como la imposibilidad de los particulares para derogar por cualquier tipo de convenio, el principio de orden público y las buenas costumbres, puesto que los actos que desconozcan estos principios son siempre nulos, por atentar contra el bien común de la comunidad.

El orden público no puede ser identificado encuadrado en una ley imperativa, ya que si realmente este recoge el conjunto de derechos y valores fundamentales que tiene como fin el bien común, y teniendo en cuenta que las leyes imperativas son creadas por el legislativo, entonces el orden público sería cambiante, predispuesto a derogaciones y a manipulaciones políticas, lo cual cambiaría de ser un principio garantista a

⁹⁹ c.f. (Perrin, 2005, pág. 163) “El principio de la buena fe y luego la sucesiva prohibición del abuso del derecho se constituyeron, los instrumentos conceptuales que impulsaban el legítimo uso del derecho de la autonomía de la voluntad”.

¹⁰⁰ c.f. Cabe destacar los avances a nivel internacional sobre la constitucionalización del derecho privado, ya que se ha ido más allá proponiendo la constitucionalización de la sociedad civil, en referencia a esta proposición: (Amstutz, Abegg, & Karavas, 2007, pág. 244) “The most advanced ideas about the concept of a civil constitution today come from those scholars who

deal with the globalization of law. Their thoughts focus on the idea of a societal constitutionalism, or of a “constitutionalisation without the state”. At the center of this idea is the notion that the constitution of transnational communities (for instance, the transnational economy, international sport, and the Internet) comes not from above but from below”.

¹⁰¹ c.f. (Amstutz, Abegg, & Karavas, 2007) “Contract law today has the further task of providing for the areas of social autonomy from which “civil society” is built up and in which, at the same time, the increasing social fragmentation can be overcome piecemeal”.

un principio a merced de los Estados que actualmente tienden a ser muy intervencionistas, por lo que puede concluirse que el orden público no puede ser regulado por la ley imperativa.

Las consideraciones anteriores no deben entenderse que el orden público sea de corte subjetivo, al contrario es objetivo por representar las bases generales del ordenamiento jurídico del Estado¹⁰², que generalmente vienen recogidas en la Constitución y en algunos códigos civiles esta explicitado en sus disposiciones generales, no es coherente dejar de lado que este principio también viene impuesto en el derecho internacional privado y comercial en sus normas de softlaw.

La existencia del orden público en el Derecho privado hace realidad que el interés general prime sobre el interés particular, lo que constituye un principio en negativo para restringir la autonomía de los particulares, y evitando que sus actos sean válidos cuando contravienen al bien común de la comunidad (Acedo P, 1996-1997, pág. 350).

Teniendo en cuenta que el derecho moderno promueve la unificación del Derecho, cabe mencionar según los Principios UNIDROIT¹⁰³, las manifestaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación mercantil internacional que estos principios establecen en sus disposiciones generales, la libertad de contratación art.1.1, y la libertad de forma art. 1.2.

¹⁰² c.f. (Espinosa Q, 2007, pág. 122) “Se han señalado como “recortes a la autonomía de la voluntad” (Suescún, 2003, p. 5), el intervencionismo estatal, en lo que se denomina reacción legislativa a los excesos de la libertad de contratación, o a través de la acción de la Rama Ejecutiva del Poder Público, esto es, mediante una respuesta administrativa. También la interpretación judicial de los contratos ha contribuido a establecer límites al alcance que

Estas libertades recogen aquellas ya reconocidas en los singulares ordenamientos jurídicos tanto de civil law como de common law, la libertad de contratar otorga la libertad de celebrar contratos y determinar su contenido, mientras que la libertad de forma concede libertad tanto en el cómo celebrarlo y en el cómo probarlo, tiene fin *ad probationem* es decir que la declaración de voluntad pueda probada hasta con testigos.

Se viene afirmando que la autonomía de la voluntad se encuentra en su declive, debido a los grandes cambios ideológicos de los Estados, el auge de este principio se identificó en el siglo XVIII, con la proclamación de la libertad como pilar de la Revolución Francesa; con el paso del tiempo ha sido siempre más limitada, inicialmente su campo de acción no podía quebrantar el orden público y las buenas costumbres, aunque las concepciones políticas y sociales de algunos ordenamientos jurídicos elegían maniobrar esta autonomía al punto de anularla, con normas imperativas obligando a las partes a actuar de acuerdo a lo previsto por la ley, siendo válidos únicamente los efectos jurídicos preestablecidos, en estos casos no existen normas supletorias en materia de contratación, generalmente esta concepción se conoce como contratos dirigidos o normados (Hernandez F & Guerra C, 2012, pág. 31).

Sobre los límites más reconocidos a la autonomía de la voluntad privada, ampliamente se ha expuesto en el

otrora se le reconocía a la autonomía de los estipulantes”.

¹⁰³ Los Principios UNIDROIT, son un conjunto de normas de soft law, que establece reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales y conforman la nueva Lex Mercatoria en el Derecho Comercial Internacional. Estos principios son de amplia aplicación por representar una de las más importantes unificaciones del Derecho.

desarrollo del presente artículo, sin embargo en la vasta literatura jurídica sobre el tema, se han estudiado además de los límites, también las limitaciones, entendiéndose por estas aquellas que provienen del externo de la voluntad del individuo es decir del entorno en el que actúa el individuo, que actualmente son reguladas por la dinámica económica y que han conducido a una crisis el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se identifican como limitaciones, las cláusulas generales de contratación, la contratación masiva o contratos en serie, la contratación electrónica y las normas de protección al consumidor (Hernandez F & Guerra C, 2012, pág. 34).

Es bien sabido que el aumento del intervencionismo estatal en la economía, la multiplicidad de normas de *jus cogens* o Derecho Internacional Público y la amplia intervención legislativa en la reglamentación contractual, han modificado el panorama y la visión del derecho de los contratos en el mundo, pero es también claro que la tutela de los derechos fundamentales y del principio de igualdad en el campo contractual buscan cada vez más ser reivindicados¹⁰⁴, a través de normas imperativas que

generalmente están incluidas en las constituciones de los diferentes Estados.

Contrario a lo reportado anteriormente sobre la declinación de la autonomía de la voluntad, es preciso afirmar que las llamadas limitaciones son realmente nuevas formas de contratar y de declarar la autonomía de la voluntad¹⁰⁵, adecuadas a los avances tecnológicos y a las necesidades de un mundo económico globalizado, que paralelamente ha desarrollado una actualización de los conceptos de orden público, moral y buenas costumbres identificados como los reales límites de la autonomía de la voluntad actualmente vigente.

Es así por ejemplo, en la contratación electrónica no se desconoce la existencia de la autonomía de la voluntad, lo que cambia es la forma de declararla, si se está frente a un contrato mercantil internacional de compraventa de mercancías realizado por medios electrónicos, el oferente envía trámite correo electrónico o mensaje de datos la oferta, el receptor llamado aceptante puede aceptar, rechazar o contraofertar la propuesta, estas figuras en el derecho comercial internacional vienen reguladas por la Convención de Viena que reconoce la voluntad de las partes y que regula su

¹⁰⁴ c.f. (Amstutz, Abegg, & Karavas, 2007) “Es así como en “Civil society constitutionalism: The power of Contract Law” los autores evidencian la construcción de un constitucionalismo social en el que afirman, la visión de una ley social del contrato, la cual interactúa con la sociedad como tal y no con los individuos

forma independiente, debido a que el contrato debe promover áreas de autonomía social desde la sociedad civil, superando de manera paulatina las fragmentaciones sociales. Es así, que concibe que la ley contractual es como el constitucionalismo de la sociedad civil, teniendo en cuenta que no se habla de una constitución de un Estado, sino de la constitución de una sociedad, donde la jurisprudencia juega una ardua tarea. Integrar la sociedad a través del uso del derecho privado”.

¹⁰⁵ c.f. Es posible afirmar que la autonomía hoy está más viva y más arraigada que en el pasado, así lo corrobora la comunidad académica: (Vial U, 2013, pág. 894) “Finalmente se argumenta que la autonomía de la voluntad permite y facilita el comercio internacional y puede ser considerada como una base fundamental de una economía de mercado. Esto porque, en el comercio internacional las partes compiten no solo respecto de los bienes y servicios sino también respecto del sistema legal que ofrecen. Así, una estructura legal adecuada para los contratos internacionales promueve el comercio internacional y facilita el intercambio de bienes entre países. Se insiste entonces que la autonomía de la voluntad contribuye a esta adecuada estructura legal al garantizar la libertad contractual y una ley adecuada y predecible para gobernar los contratos internacionales”.

validez; en este caso la declaración de aceptación o rechazo puede realizarse por medio de otro mensaje electrónico o simplemente con un “click” dentro de la propuesta, esta forma de respuesta es reconocida como la vieja forma de declaración de la voluntad.

Actualmente dentro de los límites que se imponen a la autonomía de la voluntad en pro de garantizar un debido proceso, es de relevar las determinadas por la ley de arbitraje española del 2003, específicamente sobre la elección de un número impar de árbitros y la exigencia de la imparcialidad.

En el arbitraje¹⁰⁶ impera la autonomía de la voluntad¹⁰⁷, no obstante el instituto fija límites a ésta, en esta oportunidad se hablará de la designación de árbitros, es así que la norma establece que las partes son libres para fijar el número de árbitros que crean conveniente, siempre que el número sea impar, y no podrán ser sustituidos en forma unilateral, su inobservancia causa la anulación del laudo.

Esta exigencia busca eliminar complicaciones a la hora de decidir y de enfrentarse a empates, buscando sí una votación por mayoría que garantiza la imparcialidad, el contravenir a esta norma

vuelve nula la cláusula arbitrar si las partes acuerdan un número par de árbitros antes del proceso, igualmente si el proceso arbitral fue realizado será nulo entonces el laudo. Este límite es imperativo siendo un mandato legal de orden público y no podrá ser eximido por un acuerdo pactado por las partes. En toda ley arbitral se prevé la recusación de los árbitros, cuando se tenga conocimiento de motivos que alteren la imparcialidad, después de la designación de los mismos, regla coherente con la doctrina de los actos propios (Santos V, 2010, pág. 10), lo que quiere decir que si se conocen motivos por los que la imparcialidad no podría garantizarse, y sin embargo se designan los árbitros, luego no podrán ser recusados.

En cierto modo esta norma podría entenderse como no muy coherente con el principio de igualdad en la elección de los árbitros, porque si por error o desconocimiento una de las partes acepta un árbitro que sabe que tuvo o tiene relaciones de amistad con la otra parte y que solo después de conformado el tribunal arbitral o en el desarrollo del proceso evidencia la inexistencia de imparcialidad, ya no podría recusarlo, y

¹⁰⁶ c.f. (Espinosa Q, 2007, pág. 122) “Así las cosas, es evidente que en el sistema jurídico colombiano, la autonomía de la voluntad contractual, se extiende, inclusive, a la posibilidad de facultar a los árbitros para que hagan uso de una función que se supone privativa y reservada del Estado, como lo es la atinente al ejercicio del poder de coerción y coacción, pudiendo conocer de los procesos de ejecución, si así lo determinan las partes”.

¹⁰⁷ c.f. (Espinosa Q, Estado, legitimidad y nuevas tecnologías, 2005, pág. 17) “Al referirse al pluralismo jurídico, Moncayo sostiene: «[...]al nuevo papel del Estado no se adecua la naturaleza global y uniforme de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales, que deben, por lo tanto, renunciar a sus pretensiones de plenitud y de regulación exhaustiva monopólica, para admitir, en cambio, otras instancias y otras fuentes de derecho

igualmente legítimas, así no sean estatales». Sobre el derecho transnacional o la transnacionalización del derecho, mediante instrumentos como el arbitraje del comercio internacional, orientado a garantizar los contratos y los derechos de propiedad de las empresas, afirma Moncayo que: «[...] no actúan a partir de una base nacional en el contexto de un sistema jurídico nada unitario, organizado alrededor de algo semejante a la llamada *lex mercatoria*, que en definitiva desplaza la autoridad del Estado nacional y entroniza una “americanización” de las normas del mercado de capitales globales, sin que esa globalización sea sinónimo de lo no nacional, pues necesariamente esas normas tienen que ser gestionadas a través de gobiernos nacionales y aplicadas como políticas nacionales»”.

por lo tanto afrontaría un arbitraje que no respetaría principios inquebrantables.

Realmente la situación planteada que puede deducirse de la lectura de la norma, no sería posible ya que existen principios generales que impiden que suceda un tal evento, en efecto cabe recordar que la autonomía privada de la voluntad está limitada por el principio de orden público, por lo tanto aunque las partes aceptaran la inexistencia de imparcialidad este principio evitaría la desnaturalización del arbitraje, en cuanto su naturaleza como resolución alternativa de controversias a la jurisdicción estatal, y que en cierto modo sustituye el juez, por lo tanto no podría actuar fuera de los criterios de legalidad y mínimamente garantizar la independencia e imparcialidad (Santos V, 2010, pág. 11).

Aunque los árbitros no son designados por potestad estatal sino por la voluntad de las partes, en el proceso deben ser respetados los principios constitucionales del Estado de realización del arbitraje, como también los principios generales del derecho a nivel internacional, dado que el laudo o decisión arbitral una vez en firme, tiene eficacia de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo; es de recordar que en ámbito internacional la ejecución de las decisiones arbitrales en su mayoría se reconocen a través de la convención de New York de 1958, en la que se exigen requisitos que responden al respeto de los principios generales del derecho.

El pacto arbitral que da vida al arbitraje ya realizado por cláusula compromisoria o por convenio arbitral, encarna la autonomía de la voluntad de las partes, que es limitada por el principio de igualdad en la elección de los árbitros; sin embargo existen algunos casos identificados por la doctrina en los que se vulnera este principio, por ejemplo, cuando se pacta que una de las partes será quien decidirá la controversia, situación inaceptable aunque sea pactado por las partes; cuando se acuerde que una de las partes designará el árbitro o la mayoría del tribunal arbitral; por último cuando la designación de los árbitros se realice sin la libertad por una de las partes, por contenerse en una cláusula que integra un contrato de adhesión, o si hace parte de las condiciones generales del contrato; el quebranto del principio de igualdad por cualquiera de los casos anteriormente señalados y que comúnmente se evidencian, adolecen de nulidad en pro del respeto de las normas imperativas, y del *ius cogens* (Santos V, 2010, pág. 22).

Se pudo constatar cómo los límites de la autonomía de la voluntad no lleven a consecuencias negativas en el ejercicio de las libertades de los particulares¹⁰⁸, debido a que los límites nacen para evitar la vulneración de derechos, y proteger los particulares de otros particulares, garantizando los principios y valores que promueve el Estado en su ordenamiento jurídico.

¹⁰⁸ c.f. En efecto, lo que claramente se vislumbra es una evolución del principio y en este sentido cabe citar como la concepción que ofrece una investigación realizada a partir de una sentencia en la que se confirma ampliamente el avance de la autonomía: (Amstutz, Abegg, & Karavas, 2007, pág. 246) "It is here that we should draw inspiration from the discussion on "constitutionalisation without the state," even though, in relation to the issues we are dealing with, it cannot be adopted as is. It is not confined to outlining the concept of constitution, but also raises the question of what the

constitution of a fragmented society actually ought to achieve. Yet, of some importance is Teubner's statement that the "constitution of world society... [cannot] take place in a unitary global constitution which overlies all areas of society, but, instead, emerges incrementally in the constitutionalisation of a multiplicity of autonomous sub-systems of world society". It is just this notion of incremental constitutionalization of autonomous social discourses that we need to use to illuminate and extend the project embarked on in Post v. VgT".

CONCLUSIONES

Luego de realizar un rápido recorrido a través de la historia, en el que se han preferido los puntos más emblemáticos del desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada, para finalmente concluir que este principio, nace de pilares inherentes al hombre como la libertad y la moral, que constituyen la voluntad del hombre para desarrollar comportamientos sociales.

En el transcurso de la formación jurídica, la autonomía de la libertad fue ganando espacio a través de la institución de figuras jurídicas como el contrato que nacía de los usos y costumbres; en este espacio jurídico la norma – de derecho romano - concedía libertades a los individuos para decidir y actuar según su propio albedrío, sin negar que ésta tenía ya en ese tiempo confines, que superados anulaban los acuerdos pactados.

La autonomía de la voluntad fue adquiriendo protagonismo, desde el momento que el derecho positivo la reconoce y la garantiza, constituyéndose en un poder otorgado al particular por parte de la norma.

En la época de la codificación la figura viene ubicada en el derecho subjetivo, tomando cada vez una importancia central en las acciones de los particulares, que junto a otros poderes y facultades, forma una fracción del derecho ávida de regulación.

La autonomía privada que bien se ha explicado, debe ser regulada para mantener la igualdad entre los individuos, a través de límites de actuación y sanciones cuando estos no son respetados; es así que encontramos los

límites más generales como el orden público, la moral y las buenas costumbres, que inciden no solo en forma negativa de prohibición, sino tienen a la base el objeto de tutelar los particulares de otros particulares y de sí mismos.

Los cambios en la economía y los fenómenos políticos sociales del mundo moderno, han influido en el concepto de la autonomía de la voluntad y en otras figuras jurídicas como en la teoría de los contratos, que bien ha debido modernizarse para dar espacio a las actuaciones de los particulares por medio de las tecnologías de la comunicación, contemporáneamente surgieron nuevas tutelas como las del consumidor, parte débil en contratos mercantiles de consumo. “El acto jurídico administrativo tiene por naturaleza fuente primordial en el derecho público, cuyos caracteres principales, según FIORINI A. BARTOLOMÉ, “Legitimidad y ejecutoriedad” han promovido una teoría jurídica que implica análisis de la toma de decisiones de la administración pública” (Hernández & Ortiz Vanegas, 2012, pág. 17).

Estas necesidades son llamadas a ampliar la noción de la autonomía de la voluntad, mas no a desaparecerla, porque quien afirma la existencia de una declinación del principio, estaría negando no solo el derecho subjetivo, sino la esencia del hombre, la libertad, la voluntad y la moral; que desde sus inicios ya reconocía la existencia de límites que nacieron en forma natural, de acuerdo al uso del poder de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad es un poder, una potestad regulada por la norma para cumplir los intereses de los privados, sin vulnerar los derechos de otros privados, por tanto la norma amplía o restringe esta potestad mas no la podrá desaparecer del ordenamiento, y si lo hiciera siempre en su forma más

primitiva reposaría dentro de cada individuo.

Hoy la lucha de los ordenamientos jurídicos se concentra en garantizar las libertades de los individuos, lo que es una contradicción pensar que el Derecho desconoce en la actualidad la autonomía de la voluntad privada, es importante precisar que el fenómeno actual desarrolla una adecuación del principio a las necesidades y a la evolución de la misma sociedad, efectivamente osaría afirmar que la autonomía de la voluntad privada se moderniza tutelándose para garantizar su existencia jurídica.

Sin embargo, es imprescindible mencionar la existencia de ataques a la autonomía de la voluntad realizados en algunos ordenamientos como el colombiano, que crean inseguridad jurídica y violación del principio de legalidad; en este sentido se hace referencia al activismo de los jueces, patrocinado por el neoconstitucionalismo y por teorías valoristas, en las que se otorga un poder superior a la Corte Constitucional, que ostenta no solo el poder judicial del que legítimamente es titular, sino también el poder legislativo, desconociendo normas positivas, bajo su interpretación subjetiva de los valores y principios fundamentales de la Constitución.

Existe una verdadera amenaza a la violación, mas no a la decadencia de la autonomía de la voluntad, incidida por una constitucionalización del derecho privado, sin límites, desaforado y con una gran concentración de subjetivismo que manipula los principios y valores constitucionales, negando el principio de legalidad y alterando la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Acedo P, A. (1996-1997). El orden público actual como limete a la autonomía de la voluntad en lña doctrina y en la jurisprudencia. *Anuario de la facultad de Derecho*(14-15), 323-392.

Alpa, G., & Bessone, M. (1991). *I contratti in generale. I fenomeni negoziali*. Torino: Editrice Torinese.

Amstutz, M., Abegg, A., & Karavas, V. (2007). Civil society constitutionalism: The power of Contract *Law. Indiana journal of global legal studies*, 14(2, art.3), 235-258.

Bermejo B, J. C. (2003). Edipo, Kant y P. Levi: Una reflexión sobre la autonomía de la voluntad. *HABIS*(34), 411-428.

Diaz S, M. (2002). Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto debil. ¿La caída de la doxa? *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*(2), 111-150.

Espinosa Q, L. (2005). Estado, legitimidad y nuevas tecnologías. *Civilizar*, 1-24.

Espinosa Q, L. (julio-diciembre de 2007). Incidencia de los medios electrónicos en el campo contractual colombiano. *Univ. Segio Arboleda*, 7(13), 115-146.

Fernandez de Bujan, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel. Ferri, L. (1959). *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè Editore. Ferri, L. (1959). *L'autonomia Privata*. Milano: Giuffrè. Giusti, M. (2007). Autonomia y reconocimiento. *Ideas y Valores*(133), 39-56.

Granovetter, M. (Noviembre de 1985). Economic Action and Social Structure: The problem of Embeddedness. *American journal of sociology*, 91(3), 481-510.

Grisi, G. (1999). *L'autonomia privata: Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano: Giuffrè Editore.

Hernández Carlos Arturo, *Arquetipos de pluralismo jurídico, Análisis de sus visiones*, Revista Verba Iuris, Universidad Libre, Julio 15, 2017 pp 154- 162

Hernandez F, K., & Guerra C, D. (Junio de 2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *REJIE: Revistajurídica de investigación e innovación educativa*(6), 27-46.

Kant, I. (1787). *Critica della ragion pura*. Berlino: Ousia la filosofia in rete.

Leible, S. (Marzo de 2011). La importancia de la autonomía conflictual para

el futuro de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Iberoamericano*, 3(1), 214-233.

Lopez-Rendo R, C. (2005). Autonomía de la voluntad y arras en la compraventa. Fuentes jurídicas romanas y su regulación en los textos legales medievales. *Cuadernos de historia del Derecho*(12), 57-98.

Mardomingo S, J. (2002). *La autonomía moral en Kant*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Pace, A. (2006). Constitución Europea y Autonomía de la voluntad. Indicaciones y Apuntes. *Revista de Derecho Político*(65), 13-26.

Perrin, J.-F. (jan/jun de 2005). La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días. *Sociologías*, 7(13), 162-178.

Rodriguez E, L. (1 semestre de 2009). El singular renacimiento de la autonomía de la voluntad y la "locatio conductio operarum et operis" como consecuencia de la presente presión económica. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaiso*, XXXII, 183-208.

Sacco, R. (2005). *Tratato di Diritto Civile. Il Diritto Soggettivo*. Milano: Wolters Kluwer Italia Giuridica.

Santos V, J. M. (2010). El número impar y la imparcialità como límites a la autonomía de la voluntad en la designación de

arbitros. *Revista internacional de estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*(2), 1-22.

Tamayo J, J. (2013). *Manual de Hermenéutica Jurídica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Tobias, S. (2006 - 2007). Hegel and the politics of recognition. *The Owl of Minerva* , 38:1-2, 101-122.

Vial U, M. I. (2013). La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado. *Revista chilena de derecho*, 40(3), 891-927.

Zumbansen, P. (2007). Introduction: Private Ordering in a Globalizing World: Still Searching for the Basics of Contract. *Indiana Journal of global legal studies*, 14(2), 181-190.

Ortiz Vanegas, H. D. (s.f.). LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA. ANÁLISIS DE LAS MULTAS Y CLÁUSULA PENAL.

Hernández , C., & Ortiz Vanegas, H. (2012). *Perspectiva de la discrecionalidad en el retiro de los empleados una comparativa entre Colombia y España* . Bogotá: Universidad Libre.

LA GARANTÍA DE NO REPETICIÓN EN LOS ACUERDOS DE LA HABANA: ANÁLISIS DESDE LA REALIDAD FACTICA¹⁰⁹

Beatriz Cuervo Criales¹¹⁰

Universidad Autónoma de Colombia
Beatriz.cuervo@fuac.edu.co

Resumen

La garantía de no repetición como una de los principios de la justicia transicional, ha pasado desapercibida por los acuerdos de paz firmados en el mundo. Colombia es el primer país que en el cuerpo de los Acuerdos de Paz con las guerrillas de la FARC-EP, introdujo esta figura jurídica como un pilar fundamental para la reparación de las víctimas. No obstante, lo anterior está limitado a que verdaderamente exista una voluntad real por parte de todos los actores del conflicto, pues de no existir esa voluntad, muy difícilmente se logrará una posible reconciliación entre las víctimas y los actores del conflicto armado. En la actualidad, ya podemos ver como la garantía de no repetición cada vez se torna menos efectiva, el asesinato de líderes guerrilleros, de

víctimas y sociedad en general, quiebra la finalidad de este tipo de medidas de carácter preventivo, e interrumpe el postulado constitucional de la dignidad humana.

Palabras claves

Garantía de no repetición, reconciliación, vida digna.

Summary

The guarantee of non-repetition as one of the principles of transitional justice has been unnoticed by the peace agreements signed in the world. Colombia is the first country in the body of the Peace Accords with the guerrillas of the FARC-EP, introduced this legal figure as a fundamental fundamental for the reparation of the victims. However, the foregoing is limited to the fact that there really is a real will on the part of all the actors in the conflict, so that there is no such will, a reconciliation between the victim and the perpetrator. At present, you can see the guarantee of non-repetition every time it

Fecha de recepción: 20 de enero de 2020

Fecha de aceptación: 22 de febrero de 2020

¹⁰⁹ Proyecto de Investigación financiado por la Universidad Autónoma de Colombia, con título: Jurisdicción especial para la paz, ¿cambio de paradigmas? Este texto fue escrito dentro del Semillero Atenea de los estudiantes: Angie Tatiana Hermosa Romero, Karen Vela Urrego y Jairo Darío Cumbalaza Criollo.

¹¹⁰ Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad de Barcelona, Magister en Derecho y Especialista en Instituciones Jurídico – penales de la Universidad Nacional de Colombia, abogada y docente investigadora de la Universidad Autónoma de Colombia y Defensora Publica en Justicia Transicional. Beatriz.cuervo@fuac.edu.co

becomes less effective, the assassination of guerrilla leaders, victims and society in general, the prevention of this type of preventive measures, and the postulate breaks constitutional of the dignified life.

Keywords

Guarantee of non-repetition, reconciliation, dignified life.

Introducción:

La garantía de no repetición, se ha ido desarrollando como una medida u obligación a cargo de los Estado, quienes están en el deber jurídico de evitar futuras violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, se podría afirmar que esta institución, pilar fundamental de la Justicia Transicional está llamada a fracasar. No se puede hablar de algo que en sus definiciones pintan el mundo de un color, pero en la realidad es muy difícil su aplicación.

Colombia, por primera vez en la historia del mundo introdujo en el Acuerdo de Paz firmado con las FARC-EP la garantía de no repetición. No obstante, esto es cierto relativamente, ya que si revisamos la historia de nuestro país podemos ver, que en los diferentes acuerdos de paz que se han firmado siempre ha estado presente este tipo

de medidas, aunque aún no se las llame como hoy se las ha denominado; empezando por la guerra de los mil días en 1899; las Guerrillas Liberales bajo la presidencia de Rojas Pinillas; y los diferentes grupos guerrilleros que se empezaron a gestar desde 1960. Sin embargo, después de llegar acuerdos con el Gobierno Nacional, el asesinato de líderes guerrilleros, víctimas, miembros de partidos políticos como fue el caso de la Unión Patriótica, nos deja ver que la garantía de no repetición no ha sido será efectiva. Entonces ¿Qué nos hace pensar que el Estado esta vez sí cumplirá con lo acordado en la Habana si ya vemos como miembros de las FARC-EP los han asesinado y otros están amenazados? No cabe duda que la historia se repetirá, así como la constante violación a los derechos humanos.

El objetivo principal del presente artículo, es determinar y estudiar los planteamientos establecidos en los acuerdos entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP en lo que concierne a la garantía de no repetición, teniendo en cuenta que la realidad fáctica es diferente a la planteada en el acuerdo. Para ello, se establecerá un concepto sólido de la garantía de no repetición; posteriormente, se analizará el desarrollo de esta medida jurídica en el contexto colombiano, específicamente en la ley 975 de 2005, para de aquí lograr

identificar si lo que ya existe en la ley de justicia y paz sobre la garantía de no repetición, se puede aplicar a los Acuerdos de la Habana.

La metodología que se utilizara para el desarrollo del presente artículo, es lógico inductivo y evaluativo, ya que a partir de casos particulares, vamos a formular hipótesis que se pueden llegar a presentar; también se examinará los elementos que desarrollan el objeto de la presente investigación tales como la evolución normativa sobre la garantía de no repetición.

Noción de la garantía de no repetición.

Pese a que se difícil encontrar un concepto que defina la garantía de no repetición, se interpelará al marco de los Estándares Internacionales para de esta manera lograr establecer su noción, aplicación y efectividad de esta figura jurídica. Así mismo es importante observar y analizar la garantía de no repetición en el contexto colombiano a partir de la ley de justicia y paz, y las diferentes sentencias que la han desarrollado. Finalmente se establecerán cuáles son los

principales problemas que no han permitido que la garantía de no repetición sea efectiva.

Antecedentes Internacionales:

La garantía de no repetición en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aunque la Corte no se ha preocupado por establecer una definición precisa del concepto de garantía de no repetición, la práctica de los tribunales sí ha reflejado su tendencia en desarrollar dicha medida como una forma de reparación de carácter secundario, a cargo de los Estado que incurren reiteradamente en la violación de derechos humanos. Para (LONDOÑO LAZARO , 2014, pág. 101), “se trata de medida que apunta a conminar a un Estado para que prevenga nuevas infracciones internacionales, sobre la base de haber sido previamente declarado responsable de un ilícito internacional semejante”¹¹¹

La CIDH, ha desarrollado esta figura jurídica por medio de su jurisprudencia, razón por la cual acudiremos a sus distintos fallos para así dar una mirada a las decisiones hito que la

¹¹¹ LONDOÑO LAZARO , M. C. (2014). *La garantía de no repetición en la Jurisprudencia de la*

Corte Interamericana . México : Tirant Lo Blanch.

introdujeron, para ello se va a desarrollar cronológicamente los antecedentes más importantes:

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras sentencia de 29 de julio de 1988¹¹².

Es esta sentencia, la Corte estableció por primera vez, que los Estado están en el deber jurídico de prevenir futuras violaciones a los Derechos Humanos, y que para ello debe adoptar diversos tipos de medidas de carácter político, jurídico, administrativo y cultural que promovieran la seguridad de los Derechos Humanos.

Sin embargo, aunque la Corte en este escenario no especifica medidas tendientes a evitar futuras infracciones a los DH, estas medidas cobran forma en los Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones, las cuales se definen de la siguiente manera: (i) *Disolución de grupos paramilitares* (ii) *derogación de todas la leyes y jurisdicciones de excepción* (iii) *destitución de los altos funcionarios*

implicados en las violaciones graves que han sido cometidas (Joinet, 2007)¹¹³

Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam 1993¹¹⁴

Uno de los temas que llamó la atención en el desarrollo de la sentencia, es el nacimiento de las nuevas medidas de reparación que la Corte señaló para el presente caso, y que sin duda abrió camino para los posteriores fallos. En la parte resolutive de la sentencia, la CorteIDH, ya no solo se limitó a establecer indemnizaciones, sino que fue más allá cuando ordenó al Estado de Suriname a “reabrir la escuela de Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994”; es evidente que en el sub judice, la Corte rompió con paradigmas que hasta entonces no eran reconocidos dentro de las medidas de reparación, es por eso que los argumentos y las disposiciones establecidas en la convención dieron paso a una nueva jurisprudencia.

Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina

¹¹² Caso Velásquez Rodríguez Vs.Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de junio de 1988. Serie C No. 4 Parr. 174. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

¹¹³ Joinet, L. (Enero de 2007). Organización de las Naciones Unidas. Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Obtenido de:

http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf

¹¹⁴ Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf

La *medida de prevención* que se venía gestando desde 1988, como expresión utilizada por la Corte en diversos fallos, era una medida que al respecto no explicaba cuál era su alcance, y debido a esto se hace objeto de estudio en el presente caso. Es así, que por primera vez se estableció que la reparación es un término genérico que abarca todas las formas en que un Estado puede hacer frente a su responsabilidad¹¹⁵, y que “prevenir” también es reparar.

De tal forma es que para este momento la medida de prevención fue ubicada en las medidas de carácter no pecuniario u obligaciones de hacer, junto con las medidas de satisfacción y rehabilitación.

Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador¹¹⁶

La CIDH, ubicó por primera vez la garantía de no repetición en un acápite titulado otras formas de reparar, y estableció que este tipo de medidas son autónomas, es decir, son diferentes a las demás formas de reparar; son medidas eminentemente de carácter preventivo; y por último, estableció que son medidas que van dirigidas a toda la sociedad.

Se puede evidenciar que la garantía de no repetición surge como consecuencia de la reiterada violación al DIH, en primera instancia se le considero como una obligación de carácter preventivo, más adelante se ubicó en las medidas de carácter no pecuniario, posteriormente a esto se dijo que dichas medidas de carácter preventivo son independientes a cualquier otro tipo de reparación, por lo tanto son medidas autónomas que buscan evitar la repetición de ilícitos que perjudican a toda una sociedad y que están a cargo de los Estados, así se ha desarrollado dicho concepto en el marco de la CIDH.

Ahora bien, diversas medidas de no repetición se han adoptado a través de los distintos fallos de la CIDH de los cuales se puede resaltar: La derogación, creación y modificación de leyes que van en contra de los postulados de la convención, la adopción de mecanismos que facilitan el respeto y garantía de los derechos humanos, el esclarecimiento de la verdad, la creación de una comisión de búsqueda para las personas desaparecidas: son medidas imprescindibles

¹¹⁵ Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 41. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf

¹¹⁶ Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de enero de 1999. Serie C No.44. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_44_esp.pdf

para el logro de una paz estable y duradera. Colombia en los acuerdos firmados con las FARC-EP no dejó de lado este tipo de medidas, y como garantías de no repetición se refleja desde el mismo acuerdo de Paz que acordaron entre los actores del conflicto. En este mismo sentido en el caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia¹¹⁷ es importante resaltar lo dicho por el juez Cançado Trindade en su Voto Razonado. “El perdón y la reconciliación entre la víctima y el victimario” como medidas de no repetición juegan un papel muy importante en el escenario que se vive actualmente en Colombia, podría pensarse que el solo hecho de lograr el alcance de esta medida en el sentido fuerte de la palabra, sería un gran logro para la consecución de la paz en la sociedad Colombiana.

Pero la reconciliación y el perdón no se deben entender como una obligación a cargo de los Estados o de quienes violen el derecho Internacional Humanitario, y mucho menos se puede imponer por decreto, esta acción humana nace de la conciencia del hombre, del deseo de reconocer la verdad sin importar las consecuencias que se generen, del anhelo de no volver a repetir actos que violen los DH;

y así en la medida en que se logren estos presupuestos, se logrará alcanzar una garantía plena de no repetición y en el contexto que se vive actualmente en Colombia se hace indispensable resaltar este tipo de alternativas, ya que se podría pensar que son opciones que sin duda alguna juegan un papel relevante en el escenario del pos-conflicto.

La garantía de no repetición en Naciones Unidas:

Para las Naciones Unidas el concepto de garantía de no repetición no se hace ajeno al concepto que ha desarrollado la CIDH, lo mismo se puede afirmar de las medidas encaminadas a la no repetición. Sin embargo cabe señalar que medidas como “la creación de una comisión para la búsqueda de personas desaparecidas, el reconocimiento de la verdad, la educación de modo prioritario y permanente, son garantías que buscan concientizar a la sociedad y lograr que la barda que hoy por hoy separa, el día de mañana puedan unir.

¹¹⁷ Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf

La garantía de no repetición en el Derecho Internacional:

El derecho internacional se subdivide en diferentes fuentes como lo son: los tratados, los acuerdos y la Corte Interamericana de justicia. Sin embargo, después de haber revisado minuciosamente las diversas fuentes, en ninguna de estas se logró establecer una definición sobre la garantía de no repetición. Pero es importante recalcar que en los acuerdos de paz en el mundo como lo fue el de Sudáfrica, y ----- las medidas adoptadas por este país para la consecución de la paz fueron en un gran porcentaje efectivas y una de las más significantes fue la creación de una comisión para el esclarecimiento de la verdad y la reconciliación, y aunque este tipo de medidas también fueron adoptadas en los acuerdos de Guatemala, Irlanda del Norte, el Salvador, entre otros, lo que diferencia a estos del acuerdo de Sudáfrica, es la existencia de una verdadera voluntad por parte de toda la sociedad en lograr un estado de paz.

La no repetición en el contexto colombiano

La Garantía de no repetición en la Unidad de Víctimas¹¹⁸

En la Unidad de víctimas se considera como una forma de reparación a las víctimas, garantías que se diferencian de las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción desde el punto en que encuentran dirigidas a la sociedad con el propósito de que no se repita la vulneración de los derechos de las víctimas, así como el hecho de eliminar y superar las causas estructurales de la violación masiva a los derechos humanos y del derecho internacional humanitario al interior de la sociedad. Es así que la garantía de no repetición se comprende desde dos dimensiones: una preventiva y otra reparadora.

La dimensión preventiva surge de la obligación internacional que tienen los Estados de prevenir las violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, y cobra especial importancia en procesos transicionales donde

¹¹⁸ UNIDAD PARA LAS VÍCTIMAS. Garantías de no repetición. [En línea]. Consultado el 19/05/2017. Disponible en:

<http://www.unidadvictimas.gov.co/es/garantias-de-no-repetici%C3%B3n/173>

el riesgo persiste y no basta con reparar los daños ya infligidos sino prevenir los futuros, por ejemplo: el desminado y la prevención de reclutamiento. Esta tiene como finalidad evitar que nuevos hechos ilícitos por los cuales un Estado que ya ha sido condenado se vuelvan a repetir, para lograr este fin, la CIDH y las Naciones Unidas han desarrollado diversas medidas tendientes a evitar la repetición, tales como: la derogación, creación o modificación de normas que van en contra de la Convención; el reconocimiento de la verdad absoluta, la creación de comisiones encargadas de la búsqueda de personas desaparecidas; el perdón y una posible reconciliación.

Por otro lado la dimensión reparadora se refiere a acciones que correspondan a mitigar los daños infringidos a las víctimas en violación a sus derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, teniendo eco en acciones de carácter institucional, político, económico y social que beneficien a la sociedad en general.

Así mismo en la unidad para las víctimas, en las medidas identificadas se señala otras que son de gran importancia para lograr una reconciliación plena, hacemos referencia a: “El desminado”, como medida que tiene la

connotación de garantía de no repetición. De esta forma, es de afirmar que en el contexto Colombiano los antecedentes que ha dejado el marco del conflicto suma un sin número de personas que han sido víctimas de minas antipersonas; esta fue la razón que conllevó al Estado Colombiano y las FARC, a suscribir en el acuerdo este tipo de medidas – el desminado-, que en últimas lo que pretende es proteger el derecho a la vida y evitar que existan más víctimas.

La garantía de no repetición en la Sentencia C-370 de 2006

En la sentencia no se conceptualizó esta figura, solo se limitó a establecer cuáles pueden ser las medidas tendientes a evitar la repetición de violaciones de derecho humanos; pero de la lectura se infiere que este tipo de medidas son de carácter preventivo, y que su finalidad es evitar futuras violaciones a los derechos humanos sobre los cuales ya ha sido condenado un Estado.

Medidas adoptadas en la Sentencia:

(i) disolución de los grupos armados paramilitares: es una de las medidas más difíciles de aplicar porque, si no va acompañada de medidas de reinserción, el remedio se puede considerar peor que la enfermedad;

(ii) La derogación de todas las leyes y jurisdicciones de excepción y reconocimiento del carácter intangible y no derogable del recurso de habeas corpus; y

(iii) La destitución de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves que han sido cometidas. Se debe tratar de medidas administrativas y no represivas con carácter preventivo y los funcionarios pueden beneficiarse de garantías¹¹⁹.

La Garantía de no repetición en la ley 975 de 2005

La garantía de no repetición desde la ley de justicia y paz se muestra nefasta no solo por el análisis que se puede hacer de los procesos de desmovilización, si no por el hecho de que la no repetición no se plantean dentro de los objetivos principales de la ley; como si lo es en el caso de los derechos de verdad, justicia y reparación, es por eso que esta medida no se puede fundamentar ni aplicar en cada caso de desmovilización que llevo la ley¹²⁰ 975 de 2005, además de observar factores inapropiados que se reflejaron en medio de los procesos como el hecho de no contar con seguimientos, ni políticas públicas que

permitieran establecer un verdadero paso a garantizar la no repetición por parte de aquellos desmovilizados, debido al incumplimiento del mismo Estado para otorgar medidas que permitieran una real reincorporación a la vida civil y la vez una estabilidad para no caer en retroceso, como ocurrió con muchos de aquellos que decidieron dejar las armas, pero que volvieron a ellas de nuevo con iguales o distintas vías criminales, al ver que su desmovilización solo quedó plasmada como hecho histórico ante el idealismo pero como hecho temporal ante la realidad de lo acordado. Es por eso que se llega a observar que esta garantía en medio de la ley de justicia y paz no se puede conceptualizar ni aplicar debido a la debilidad con la que se desarrolló esta ley ante las diversas desmovilizaciones que se realizaron, desde su entrada en vigor.

La no repetición en el marco de las guerrillas colombianas

¹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>

¹²⁰ Cumbalaza, J. D., Hermosa, T., & Valencia, D. M. (2017). *Monografía la garantía de no repetición en el sistema integral de verdad justicia y no repetición*. Bogotá: Fundación Universidad Autónoma de Colombia.

Si bien se sabe que en Colombia se han marcado años de guerra, y que muchas de las generaciones han nacido y muerto bajo guerra, la sociedad Colombiana ha tenido que acarrear con diversas dualidades que se marcaron desde la guerra bipartidista, entre los liberales y los conservadores del cual trae un desencadenamiento de las guerrillas¹²¹ que se han movido por todo el país como sucedió desde la guerrilla liberal para el año 1953 trayendo cambios económicos, sociales y culturales. Sin embargo no todas las guerrillas han permanecido en el tiempo, muchas de estas se han desmovilizado como lo han sido: La autodefensa obrera, el M19, el Ejército popular de liberación (EPL), las autodefensas unidas de Colombia (AUC) entre otras más del cual se marcaron como garantías de no repetición inicialmente la desmovilización, el cese al fuego, entrega de armas, amnistías, disculpas públicas, cursos de formación en Derechos humanos entre otras medidas del cual se puede inferir que llega a ser la no repetición puesta en marcha, que en muchos casos se veía debilitada por el incumplimiento que se podía dar en el camino del pos- conflicto, garantía que en muchos de estos casos permaneció o fue

transitoria. Es así que se hace de gran importancia ver que Colombia actualmente está viviendo en un pos- conflicto que se lleva con las FARC-EP como una de las guerrillas más antiguas en Colombia por ser una guerra de más de cincuenta años que ha permeado la población colombiana, pero que se llegó a establecer el fin a esta por medio de la firma de los acuerdos para el año 2016 en el mes de noviembre, lo cual ha revolucionado la eterna comodidad de la guerra, trayendo consigo cambios eminentes que han costado en su totalidad por encontrarse en esa transición de cumplimiento por todos los actores del conflicto y de la misma sociedad y es que para poder analizar la garantía de no repetición desde esta guerrilla se parte desde la firma de los acuerdos e incluso desde las primeras negociaciones, que dieron el inicio a esa no repetición de actos violentos por parte de esta guerrilla y del mismo Estado.

Diagnóstico y desarrollo del concepto de no repetición en las sentencias de justicia y paz.

¹²¹ Cumbalaza , J. D., Hermosa , T., & Valencia , D. M. (2017). *Monografía la garantía de no repetición en el sistema integral de verdad justicia y no*

repetición . Bogotá : Fundación Universidad Autónoma de Colombia .

Después de haber analizado las sentencias de la ley 975 de 2005, se puede concluir que son diversos los problemas que impide la aplicación de la no repetición, y ello se debe a factores como:

Existe un desconocimiento del concepto y la finalidad de la garantía de no repetición; la falta de presupuesto y la falta de voluntad política por el Estado, ha ocasionado que en la sociedad surjan nuevos hechos que re victimizan a la sociedad colombiana.

Es evidente que después de 13 años de implementada la ley 975 de 2005, en Colombia aún no existe una definición precisa de garantía de no repetición, ello se debe en gran parte a la poca relevancia que se le ha dado, y la falta de una verdadera voluntad de paz entre todos los actores del conflicto. En las sentencias de justicia y paz, se logró establecer que el Tribunal de justicia, ha definido la garantía de no repetición, como “medidas que buscan evitar la repetición de los hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos” pero al mismo tiempo relaciona dicho concepto con medidas de rehabilitación y satisfacción, polarizando así su noción y finalidad; el problema es mucho más complejo, cuando en el resolver de las sentencias se ordenan que como medidas de no repetición “los postulados pidan disculpas

públicamente” cuando este tipo de medidas son eminentemente de carácter satisfactorio para las víctimas.

Para que la garantía de no repetición se efectiva, es necesario que exista un brío de voluntad por parte de todos los actores del conflicto. En el nuevo proceso que se implementó con las FARC, de deben establecer políticas públicas que ayuden a mejorar las condiciones de vida de toda la sociedad colombiana, y de quienes se desmovilicen; un adecuado presupuesto y condiciones de vida digna. Para finalizar, lo mencionado son factores que la ley de justicia y paz no ha podido desarrollar ni implementar en la garantía de no repetición, por lo cual no ha sido posible en su efectividad.

La garantía de no repetición en los Acuerdos de Paz, suscritos entre el Estado Colombiano y las FARC-EP

Desde los acuerdos se puede observar que se establecen como garantía de no repetición, inicialmente desde la implementación del Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y No Repetición (SIVJRNR) del cual se plantea como objetivo superior la prevención y la no repetición, así mismo establecieron la obligación de garantizar por

parte del Estado y el grupo las FARC -EP todas las medidas tendientes a prevenir y promover la no repetición, así mismo realizar las debidas reparaciones colectivas, realizar el reconocimiento de lo sucedido por medio de la verdad, adquirir compromiso y respeto por los derechos humanos, a su vez disponer de mecanismos judiciales como la unidad de investigación y desmantelamiento de organizaciones criminales, generar la promoción de convivencia, restaurar la confianza en las instituciones públicas, generar espacios de reconciliación y de restauración de vínculos y de manera general el cumplimiento íntegro del punto 3 del acuerdo respeto del fin del conflicto; esto dentro de otras medidas que se pueden vislumbrar como la no repetición de las violaciones de los derechos humanos en Colombia el cual permite llegar a ver la no repetición establecida para un cumplimiento que en la realidad se debe generar desde el pos- conflicto que atraviesa Colombia para poder llegar a vincular una real garantía de no repetición de todas aquellas violaciones y vulneraciones de los derechos humanos con los que tiene derecho a hacer valer cualquier persona. Y se debe resaltar que Colombia marcó hito en los acuerdos de paz firmados con las FARC-EP, puesto que por primera vez en la historia se adoptó en los acuerdos

la figura jurídica de la garantía de no repetición, de tal manera que el país es pionero en esto, y su aplicación es lo que se espera con ansias.

Perspectiva de la no repetición

Si bien se puede llegar a concluir que la no repetición se presenta como un principio que debe ser eje central de todo proceso de paz, para poder hablar de un futuro sin fantasmas de guerra, y que esta garantía más que ser conceptual, debe ser real puesto que de manera generalizada se conceptualiza o teoriza como la garantía que se dirige a evitar hechos futuros de violación hacia los derechos humanos, pero realmente esta sería mejor definirla como la garantía que se debe encontrar a cargo del Estado; el cual debe generar el cumplimiento de los derechos fundamentales como la vida, la salud, el trabajo, la educación entre otros derechos para quienes han decidido desmovilizarse y en general para la sociedad, para así poder atacar el problema de raíz que ha sido ignorado; pero que realmente en esa garantía se encuentra la verdadera no repetición para que aquellos acuerdos de paz que se puedan estipular con los distintos actores del conflicto, se vean aplicados y no solo idealizados en los escritos de las

negociaciones, la no reincidencia depende del control y manejo que debe atender la vida criminal que marco año tras año; es por eso que la no repetición parte del compromiso estatal y social de la voluntad de cada miembro en la sociedad pero incide rotundamente en el manejo que se viva desde el pos- conflicto a la hora de implementar lo acordado. En esta medida se debe implementar toda una sociedad y no unos pocos así se considere que la carga principal sea del Estado se requiere de que no se repita la violación de ningún derecho y esto se genera desde el pensamiento de perdón y reconciliación que puede dar toda persona en su propio entorno, puesto que la garantía establecida en unos acuerdos puede ser debilitada por cualquier circunstancia de los actores del conflicto.

Conclusiones

1. Que la garantía de no repetición está llamada a fracasar en el contexto de la justicia transicional, ello se debe a que aún no se ha establecido un concepto que identifique este tipo de medidas como autónomas e independientes a cualquier otro medio de reparación. La terminología “garantía” implica con seguridad que algo va a suceder o realizarse, y no es ajeno para nadie, que en Colombia estamos muy lejos de garantizar que surjan nuevos hechos que violen los

derechos humanos, ello se debe a los diversos grupos al margen de la ley que existen en nuestro país y que aun después de los acuerdos con las FARC están pendiente por resolver; por lo tanto discrepamos con dicha terminología y en lugar de esto creemos que este tipo de medida es eminentemente de carácter “voluntario”, la subjetividad, el querer de cada persona juega un papel muy importante para lograr la efectividad de esta medida en el pos conflicto.

2. Que la reconciliación como medida de no repetición adoptada en la mayoría de procesos de paz en el mundo, no ha resultado efectiva en el contexto del posconflicto, ello se debe a la falta de voluntad que se presenta por parte de todos los actores del conflicto a construir una nueva sociedad; esto ha conllevado a los desmovilizados a involucrarse en nuevos grupos al margen de la ley, y con ello las nuevas violaciones a los derechos humanos no ha cesado. Por tal razón esta medida no puede ser formulada como una salida adecuada, sin embargo es obligación del Estado promover actos de reconciliación a nivel estructural de la sociedad, fomentando condiciones de vida digna para todos, y fortaleciendo la confianza del conglomerado en las instituciones del Estado

3. Que para que exista una positiva reincorporación se requiere asegurar la verdadera voluntad de la no repetición en todo la sociedad con la involucración de ésta en general, haciendo uso de la reconciliación y de la transformación del discurso de oído el cual ha permeado el país por tantos años; cambiando este por uno de paz y convivencia pacífica en el que se genere vínculos de perdón y restauración para todo el pueblo colombiano.

4. Y por último y en conjunto de lo anterior; se concluyó que para que exista una verdadera garantía de no repetición, se debe otorgar condiciones de vida digna para los ex victimarios y todas las personas en general, condiciones materializadas en: empleo, salud, educación, participación política, y seguridad económica las cuales deben ser respaldadas por medio de una seguridad jurídica lo cual permite una adecuada reinserción a la sociedad.

BLIBLIOGRAFIA

LONDOÑO LAZARO , M. C. (2014). *La garantía de no repetición en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana* . México : Tirant Lo Blanch.

Caso Velásquez Rodríguez Vs.Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de junio de 1988. Serie C No. 4 Parr. 174. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

Joinet, L. (Enero de 2007). Organización de las Naciones Unidas. Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Obtenido de: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf

Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf

Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 41. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf

Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de enero de 1999. Serie C No.44. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_44_esp.pdf

Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf

UNIDAD PARA LAS VICTIMAS. Garantías de no repetición. [En línea]. Consultado el 19/05/2017. Disponible en: <http://www.unidadvictimas.gov.co/es/garantias-de-no-repeticion/C3%B3n/173>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>

Cumbalaza, J. D., Hermosa, T., & Valencia, D. M. (2017). Monografía la garantía de no repetición en el sistema integral de verdad justicia y no repetición. Bogotá: Fundación Universidad Autónoma de Colombia

Rodríguez Sánchez, J. J. (Enero-junio de 2018). Política criminal en Colombia, hacia su constitucionalización. *Criterio Jurídico Garantista* 11(18), 141-158.

Ortiz Vanegas , H. (2016). LA UNIÓN DE HECHO EN ECUADOR. En *LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN LATINOAMERICA*. valencia: Eudeba.

Ortiz Vanegas , H. (2019). *LA CUARTA REVOLUCIÓN Y EL DERECHO* . Bogotá: EDICIONES NUEVA JURÍDICA.

Ortiz Vanegas, H. D. (2019). ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EL CAMINO HACIA EL NUEVO DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. En M. Trado Acero, D. Baez, C. Blanco Alvarado , F.

MEDIO AMBIENTE Y DERECHO UN CONFLICTO ¹²²

Carlos Arturo Hernández
Carlos.hernandez@fuac.edu.co

Kely Marcela Salazar Figueroa
Kely.salazar@fuac.edu.co

INTRODUCCION

Somos todos habitantes de un planeta que, en el pasado, gozaba de un ecosistema integral ideal, un sistema único que se complementaba a si mismo de manera sincronizada, que ofrecía lo necesario para vivir en armonía, que ofrecía la oportunidad de convivir en amplia riqueza ecológica. Sin embargo, no fue suficiente para la humanidad y su necesidad de poder, disfrazada de evolución, que no tardo en aplicar su capacidad de creación e ingenio en la invención de máquinas y armamento, que, en su afán de productividad, poder y riqueza, viene arrasando con su principal generador de estabilidad: El planeta. En consecuencia, vivimos actualmente, en un mundo industrializado, con diversidad ideológica carente de tolerancia, que construye destrucción ambiental bajo el amparo del consumismo y la creciente ambición de poder, degradando el medio ambiente con pasos de gigante.

Se avecina una catástrofe ambiental, vaticinada por aquellos que han dedicado una buena parte de su existencia al estudio del medio ambiente, al seguimiento y análisis del comportamiento de combustibles de origen fósil como el Petróleo, el Carbón y gases tóxicos (Vasconcelos, 2017). Estudiando también el comportamiento del Dióxido de

Carbono y de la temperatura del planeta. Manifestando gran preocupación por el creciente deterioro del ecosistema, por el mal estado de la Capa de Ozono, por los cambios del uso del suelo y otros tantos que hacen parte de esta problemática, que nos atañe a nivel mundial. Continuamos llamándonos así mismos civilizados, cuando el planeta agoniza por la falta de conciencia mundial.

Hace falta observar, entonces, el crecimiento desmesurado de fabricación de armamento, gracias al capitalismo y la falta de conciencia humana, que nos ha llevado a plantearnos preguntas como ¿Qué tanto incide el capitalismo en el conflicto armado?, ¿Cuáles son los efectos del conflicto armado en el calentamiento global?, ¿Se están tomando las medidas necesarias al respecto, para contrarrestar este deterioro?, ¿El deterioro del medio ambiente, producido por el conflicto armado, es un asunto de todos?

En adelante se intentará demostrar que si bien es cierto, que el deterioro ambiental y el cambio de temperatura de la atmosfera se debe, al fenómeno llamado capitalismo, no debemos ignorar que de cierta manera, el conflicto armado es parte actora responsable de tal deterioro, ya que se enfoca en la construcción de armas que corroen la naturaleza, en atentados planeados en donde el medio ambiente también sufre, y que solo unos cuantos hacen parte de una sociedad consciente que lucha por establecer parámetros para frenar eficazmente el menoscabo que va en contravía de la conservación de la atmosfera del tan amado, pero maltratado planeta. Quien tristemente es

Fecha de recepción: 26 de enero de 2020

Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2020

¹²² Artículo de Reflexión,

también víctima del conflicto, no solo a manos de Colombia, sino a nivel mundial.

INMERSOS EN EL CAOS...

El tema del medio ambiente se convirtió en uno de los protagonistas del conflicto armado que azota a Colombia desde hace cinco décadas a raíz de la ofensiva lanzada en junio por la guerrilla de las FARC contra la infraestructura petrolera, que ha causado daños irreparables en la naturaleza (Geographic, 2012).

Empezar por recordar groso modo algunos de las definiciones que se han establecido a través de las investigaciones realizadas en los diferentes campos que tienen estrecha relación con el calentamiento global o aumento de la temperatura de la atmósfera, nos ayudara a comprender el estado en que se encuentra el ecosistema y su relación con el conflicto armado que se vive en la actualidad.

La Capa de Ozono absorbía una cantidad importante de la radiación ultravioleta producida por el Sol, sin embargo, el investigador Kent Moore anuncio en 1985 que ésta, presentaba un deterioro considerable, dicho deterioro recibió el nombre de Agujero de la Antártica. Esta Capa de Ozono o escudo protector, además de ofrecernos un hermoso color azul por su sustancia gaseosa, es importante porque aísla los rayos ultravioletas corrosivos para la salud y el medio ambiente.

Joseph Fourier en 1824 calculó que la Tierra sería más fría si no hubiese atmósfera (National Geographic, 2010), estableciendo que el planeta necesita de una atmósfera equilibrada que logre mantener una temperatura adecuada para los seres vivos, el llamado efecto invernadero. Sin embargo se habla del remanente negativo de los gases en la atmósfera, un porcentaje producido por los enfrentamientos con armas que dejan desechos tóxicos, haciendo que el efecto

invernadero que nos beneficiaba, ahora sea contraproducente, en tanto que, “estos gases absorben y reemiten la radiación en onda larga, devolviéndola a la superficie terrestre, causando el aumento de la temperatura, volviéndose nocivo para la salud” (S.A., 2018). Según los científicos esto causa un “efecto domino”: la acumulación de gases genera aumento de la temperatura en la atmósfera, que implica también la elevación de la temperatura de los océanos, causando el derretimiento de los glaciales, quienes elevan el nivel del mar, que a su vez genera el aumento de la acidez del agua, este calor latente alimenta las tormentas, los ciclones y los huracanes. Según registros, el nivel del mar aumento 20 cm desde mediados del XIX, (Vasconcelos, 2017). Esto sin evaluar aun el alcance perjudicial de las armas nucleares que tienen en su poder las grandes potencias.

La asamblea de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha declarado el 6 de noviembre como un día para crear conciencia y actuar sobre una problemática presente en la sociedad, el medio ambiente afectado o vulnerado por las guerras y los conflictos armados, que suceden en ciertos países africanos, del medio oriente o países latinoamericanos como Colombia, entre otros (KienyKe, 2017).

Si bien es cierto que el Dióxido de Carbono, es tolerado en pequeñas cantidades, en cuanto es exhalado por el ser humano al respirar y hace parte del proceso de la fotosíntesis; al ser producido por la industria en grandes cantidades causa efectos negativos ya que es considerado un gas que tiende a desplazar el oxígeno, es decir, que ocupa sobre la atmósfera más espacio que el propio oxígeno, creando una capa que no se desvanece por sí sola.

El Dióxido de Carbono se utiliza como refrigerante para el aire acondicionado, las neveras, incluso es utilizado para darle el efecto burbujeante a las gaseosas, este gas

también lo encontramos en la fermentación, en el combustible de los vehículos, en los extintores, en los fertilizantes hidrogenados, nutrientes inorgánicos creados por algunas industrias para reemplazar los nutrientes naturales, con el fin de proporcionar alimento a las plantas. Así mismo, la industria ganadera produce el 18% de los gases que atentan contra la capa de ozono y que incrementan el efecto invernadero (BBC Mundo, 2017). Las armas de aire comprimido funcionan a base de CO₂ debido sobre todo a su precisión y a su fácil manejo. Se usan para tiro deportivo, para la caza y en algunos países para la guerra por ser más económicas. La variedad de carabinas y pistolas existentes en el mercado es amplia. Su clasificación puede variar dependiendo de la potencia que alcance el arma o el fabricante de la misma (Aceros, 2015).

Según el Ministerio de Salud si no disminuimos considerablemente el gas carbónico que vertemos sobre la superficie, tendremos grandes consecuencias a nivel mundial, ya que no importa donde este el foco de dicho gas, pues este, se reparte de manera uniforme por la superficie terrestre. Es decir, que los daños que tengan lugar en Colombia afectaran de manera uniforme a la superficie terrestre, así como los daños a manos de otros países resultado de conflictos bélicos, también nos afectaran a nosotros.

Se dice que Desarrollo Sostenible es la relación que hay entre economía y medio ambiente, esto quiere decir que cuida de las distintas necesidades, respetando la capacidad de las generaciones futuras. Sin embargo, esto no ocurre de manera equilibrada, ya que el deterioro del medio ambiente en el que estamos irremediablemente inmersos, a causa de muchas de las grandes industrias capitalistas que escogen ignorar la problemática del calentamiento global y en cambio siguen emitiendo grandes cantidades de gases,

sumado al comportamiento irracional del ser humano, quien percibe el consumismo como un estilo de vida sin un mínimo de concientización acerca del Planeta, nos deja probablemente atascados en un intento por rescatar lo que aún nos queda.

Si bien los recursos naturales son clave para lograr un desarrollo sostenible, también actúan cada vez más como impulsores de la fragilidad, el conflicto y la violencia. A medida que la población mundial continúa creciendo, la demanda global de recursos continúa creciendo y los impactos del cambio climático comienzan a materializarse, la competencia por los recursos naturales se intensificará.

Después de un conflicto violento, los recursos naturales como la tierra, la madera, los minerales, el petróleo y el gas son a menudo los principales activos a los que pueden acceder los gobiernos. La forma en que utilizan estos activos puede alterar fundamentalmente el curso de la construcción de la paz. El desafío radica en fomentar el uso responsable, equitativo y sostenible de los recursos que generan los ingresos.

En este contexto, el programa Cooperación Ambiental de las Naciones Unidas para la Consolidación de la Paz apoya los esfuerzos para consolidar la paz proporcionando conocimientos especializados sobre los riesgos de conflicto y las oportunidades de consolidación de la paz asociadas con los recursos naturales y el medio ambiente (ONU, 2016).

Desde que se emprendió la Revolución Industrial hasta nuestros días, el aumento de la contaminación no cesa. Del uso indiscriminado del petróleo y el carbón, “se obtienen otros combustibles derivados y subproductos que luego son empleados como materias primas en diversos procesos químicos” (Pellini, 2014), rentables para las industrias. Este consumo masivo aparentemente regulado, deja frutos

económicos año tras año que representan un avance significativo para el capitalismo y sus convenientes inversiones, empero, las inversiones para la protección ambiental, en la mayoría de los casos, no están contempladas en este avance. A pesar de que en 1988 se formó el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC) y allí se tratan los incidentes causados por el calentamiento global, los hechos para favorecer el medio ambiente son mínimos.

En opinión del tribunal internacional, los bienes ambientales "están protegidos convencional y constitucionalmente", por lo que los ataques son una "violación del artículo 55 del Convenio I de Ginebra, que regula los conflictos armados internacionales y establece que en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves" (Geographic, 2012).

Las sanciones internacionales sobre las importaciones de recursos naturales provenientes de zonas de conflicto, como las impuestas por la ONU a varios países en guerra, pueden desempeñar un papel fundamental para contener los conflictos y los abusos contra los derechos humanos. Pero un régimen de sanciones puede ser inconsistente en su implementación y monitoreo. Una vez que un recurso es atacado a través de las sanciones, los recursos para la guerra de los combatientes pueden reponerse con otros recursos igualmente valiosos.

Infortunadamente la biodiversidad colombiana ha evidenciado una disminución promedio de 18%, de acuerdo con estudios del instituto Humboldt, que estableció como la mayor amenaza la pérdida de hábitats naturales, relacionada con la agricultura, cultivos ilícitos y la ganadería expansiva, también que a estos factores se les suma el riesgo de conflicto interno con grandes

afectaciones al medio ambiente, vacíos de información, la presencia de especies invasoras, cambios en las condiciones climáticas gracias a los químicos utilizados en las selvas colombianas y actividades humanas de diversa índole relacionadas a la lucha por el poder y su incapacidad para negociar sus ideologías políticas (KienyKe, 2017).

En mi opinión las sanciones toman un tiempo considerable para establecerse, ya que varias naciones necesitan debatir, ponerse de acuerdo y registrarse, sin embargo, podría reducirse la cantidad de víctimas del conflicto, con una respuesta más rápida. Se necesita un enfoque más flexible y que vaya más allá de las sanciones.

La Unión Europea puede recurrir a otras iniciativas, donde se busque detener el flujo de recursos conflictivos, y se tenga la iniciativa de transparencia de las industrias extractivas de recursos, cuyo objetivo es mejorar la gobernabilidad de los sectores del petróleo, el gas y los minerales. Si bien cada uno tiene sus propias limitaciones, sus disposiciones para la suspensión de un país miembro/participante en el que se desate un conflicto, subrayan la necesidad de que la Unión Europea considere tales movimientos en condiciones similares a los acuerdos bilaterales (Memorias de Conflictos, 2017).

Temas relacionados son tratados en la ONU y en los diferentes debates se habla de la economía, el conflicto armado y el impacto que tiene sobre el medio ambiente, el gasto de energía, la deforestación y los medios de transporte entre otros, que tienen consecuencias nefastas para el planeta. Pero estos debates muchas veces no llegan a acuerdos concretos aplicables a corto plazo y no pasan de ser proyectos sin fondos. Algunos expertos afirmaron, que el acuerdo de 1997 en donde se firmó el Protocolo de Kioto, según el cual prometía una reducción

de emisión de gases tóxicos en un 5% de las grandes naciones desarrolladas, significaba también una variación en la economía de los países, además, de verse directamente dependiente de la reducción de enfrentamientos o atentados, circunstancia que no permitió el logro de este objetivo. Parafraseando a Michel Husson, economista francés se plantea un dilema: armados para la guerra y consecuencias climáticas desastrosas o reducir el PIB y recesión con consecuencias sociales, en tanto que “los analistas estadounidenses Fred Magdoff y John Bellamy Foster sostienen que el dilema se da en el capitalismo ya que este necesita crecimiento y el crecimiento lleva al desastre climático al permitir la producción desahogada que alimenta la guerra” (Valencia, 2015).

Es así como el imperio del capitalismo tiene gran influencia en estas decisiones, puesto que los cambios que acarrearán costosas acciones no están contemplados dentro del presupuesto de la mayoría de las grandes industrias, quienes en contra de todo pronóstico suman esfuerzos tratando de ocultar lo evidente, asumiendo una postura de negación intentando simplificar el problema al llamarlo, cambio extremo del clima y no un artificio para la guerra (BBC Mundo, 2017), e incluso esperan eventualmente, beneficiarse del caos.

Las guerras políticas y civiles, con sus armas nucleares, biológicas y químicas, dejan una estela de devastación, consumiendo la vida, por ejemplo, la deforestación y desertificación es uno de los males que más aquejan en estas sociedades. Al no ser salvaguardados y protegidos, los recursos naturales entran en una etapa crítica, ya que la contaminación causada deja un rastro con secuelas que, según su tiempo y extensión, durarán por un gran número de años, así lo exponen especialistas en la materia (KienyKe, 2017).

¡AHORA ES CUANDO!

Es curioso que desde 1972 se ha celebrado el 5 de junio de cada año, el Día Mundial del Medio Ambiente, sin adoptar cambios significativos que de verdad ayuden a preservar la vida del planeta. De hecho, no se hace demasiada publicidad por esa fecha.

Una persona ajena a las industrias, al conflicto armado y al gobierno podría asumir un rol más consciente incluso desde la comodidad de su diario vivir, pensando objetivamente si algo es o no necesario de volver un conflicto e incluso si es necesario su consumo, por consiguiente, toda persona, al hacerse consciente de la situación actual por la que atraviesa el planeta, es capaz de autorregular su impulsividad de consumir irracionalmente conflictos y activar las alarmas pertinentes para la elaboración de estrategias remediales y preventivas. La reducción considerable de contaminantes como los trayectos en vehículo particular a base de gasolina, el uso limitado de plásticos, la compra de armamento, la fabricación de minas quiebra patas, aerosoles, los cultivos ilícitos, el derrame de petróleo causado por atentados bomba a manos del hombre incivilizado, la clasificación adecuada de los residuos y la implementación de capacitaciones, en recintos educativos, por ejemplo, que generen un alto sentido de pertenencia por el planeta que habitamos, son granos de arena importantes para el mejoramiento del ecosistema. La siembra de los árboles correctos también tiene gran peso a futuro en la regulación de los gases provenientes de las industrias, estos son los árboles frondosos como el Roble y el Abedul, reduciendo así la deforestación. Sin embargo, equivocadamente han sembrado árboles coníferos como Pinos y Piceas, que absorben y retienen el calor (MacGrath, 2016).

Podemos concluir que son muchas las ideas a largo plazo que han surgido a raíz de la crisis ambiental que atraviesa el mundo entero, en parte por el conflicto armado que se vive en muchas partes del mundo y no solo en Colombia, encaminadas a restaurar o en su defecto, minimizar los efectos del cambio climático, pero pocos los beneficiados por falta de apoyo económico que permita su estudio y posterior implementación. Ahora es cuando debemos centrarnos en lograr acuerdos gubernamentales que garanticen un rubro mayor, destinado a disminuir los índices de calentamiento global. En otras palabras, abandonar la idea de invertir grandes cantidades de dinero en prepararse para la guerra y en su lugar, invertir en lo que ahora agoniza por falta de conciencia, el ecosistema. Es importante resaltar la innecesaria crueldad con la naturaleza, debemos detenernos y pensar qué futuro estamos dejando a nuestro paso; luego de toda esta lucha, cuando unos u otros al fin logren su tan anhelado poder, cuando por fin lleguen a su desdibujada meta, qué quedará en pie para gobernar.

Para nadie es un secreto que las grandes industrias, aquellas que se encargan de alimentar la guerra, con altos índices de contaminación, promueven la investigación de la reducción de emisión de gases perjudiciales para la atmosfera, en injusta proporción, por lo tanto, los patrocinios recibidos para encontrar soluciones no equivalen en justa medida, a los grandes resultados económicos obtenidos por la inversión capitalista para la guerra y que, pese al deterioro, las potencias líderes no sientan precedentes que encausen un movimiento a nivel mundial, en donde la prioridad sea la preservación del medio ambiente y el cese a gran escala del conflicto armado y al daño ecológico que hoy en día

agoniza a manos del asesino en potencia, el conflicto armado.

¡EN HORA BUENA! EN PRO DEL ECOSISTEMA

No todo es desolación, Irlanda, por ejemplo, investiga la evolución de autos que funcionen con hidrogeno y baterías recargables dejando de lado la emisión de gases, según su estimado, hacia el 2050.

Algunos países como Alemania, tercera potencia económica del mundo, anuncio que para el 2021, catorce de sus diecisiete reactores saldrán de servicio, para implementar energías renovables. Así mismo se espera que los países industrializados reduzcan sus emisiones de carbono en un porcentaje equitativo (BBC, 2017)

En Utah, científicos desarrollaron una estrategia para encapsular y comprimir el Dióxido de Carbono, a través del uso de un compuesto químico llamado Metanol, que al someterlo a 70C° bajo cero, absorbería eficazmente el Dióxido de Carbono, para luego inyectarlo en áreas de formaciones rocosas a varios kilómetros de profundidad, por su alta permeabilidad y su alta porosidad, en contra posición a su superficie, con poca permeabilidad y poca porosidad, que garantizaría su permanencia en ese lugar. Este descubrimiento se logró gracias al financiamiento de proyectos enfocados al desarrollo de energías renovables.

En España un equipo de trabajo desarrollo la recolección de energía ecológica, utilizando tubos que contienen sal, que conduce y almacena el calor en buena forma, recolectando energía, aunque no halla Sol. En el día la sal acumula el calor y en la noche produce vapor que hace que se muevan las turbinas produciendo así, energía limpia (National, 2018).

Referencias

- Aceros, H. (02 de 09 de 2015). *Todo en artículos con aire comprimido*. Obtenido de <https://www.aceros-de-hispania.com/infer.asp?ac=12&trabajo=listar&pa=aire-comprimido-co2&sg=aire-comprimido-co2>
- BBC Mundo. (10 de Agosto de 2017). *No digan cambio climático: los términos y expresiones prohibidos por una agencia del gobierno de EE.UU.* Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-40887384>
- BBC, M. (17 de junio de 2017). *fuentes de energía limpia*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-40404632>
- Geographic, N. (08 de 04 de 2012). *El medio ambiente, victima de la guerra en Colombia*. Obtenido de <https://www.ngenespanol.com/naturaleza/el-medio-ambiente/victima-en-la-guerra-de-colombia/>
- KienyKe. (06 de 11 de 2017). *Conflicto destruye el medio ambiente*. Obtenido de <https://www.kienyke.com/tendencias/medio-ambiente/el-medio-ambiente-vs-el-conflicto-armado>
- MacGrath, M. (8 de Febrero de 2016). *Cómo Europa contribuyó al calentamiento global plantando árboles*. Obtenido de https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160208_ambiente_plantar_arboles_correctos_gtg
- Memorias de Conflictos. (16 de 06 de 2017). *Colombia, un nuevo marco para la acción en el conflicto*. Obtenido de <https://www.globalwitness.org/en/reports/eus-responsibility-act-conflict-timber-new-framework-action/>
- National Geographic. (5 de septiembre de 2010). *¿Qué es el calentamiento global?* Obtenido de <https://www.nationalgeographic.es/medio-ambiente/que-es-el-calentamiento-global>
- National, G. (25 de Agosto de 2018). *Documental sobre el futuro del planeta*.
- ONU. (15 de 05 de 2016). *Cooperación ambiental para la construcción de la paz*. Obtenido de <https://www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/recovery/environmental-cooperation-peacebuilding>
- Pellini, C. (10 de octubre de 2014). *Los combustibles fósiles: petróleo, gas natural y carbón*. Obtenido de <https://historiaybiografias.com/combustibles/>
- S.A. (05 de 09 de 2018). *Cambio climático global*. Obtenido de <https://cambioclimaticoglobal.com/efecto-invernadero>
- Estupiñan Silva, R. (Enero-Junio de 2018). *Primera opinión interamericana sobre medio ambiente: ¿derecho exigible o decisión ultra vires? Criterio Jurídico Garantista*, 11(18), 61-80.
- Valencia, L. A. (9 de Diciembre de 2015). *Capitalismo y cambio climático*. Obtenido de https://www.ecoportel.net/temas-especiales/cambio-climatico/sobrevivira_el_capitalismo_al_cambio_climatico/
- Vasconcelos, S. (18 de Agosto de 2017). *Calentamiento global: el capitalismo y las catástrofes ambientales*. Obtenido de <https://prensaobrera.com/internacionales/38618-calentamiento-global-el-capitalismo-y-las-catastrofes-ambientales>

Apendicitis aguda en paciente gestante ¿Cómo diagnosticarla?

M.D. José Joaquín Ortiz Vanegas¹²³; M.D. Jeimy Johana Herrera-Ochoa¹²⁴; M.D. Interno Joseph David Márquez-Parra¹²⁵

Objetivo: Realizar una revisión de la literatura sobre los conceptos y estudios existentes en paciente gestante con dolor abdominal y sospecha de apendicitis aguda, determinando funcionalidad de escalas predictivas y su manejo.

Métodos: Revisión descriptiva de la literatura mediante la estrategia PICOT, con palabras clave "appendicitis" AND "pregnancy" AND "pregnant", mediante búsqueda en bases de datos científicos (Pubmed, Clinicalkey, Scielo, Medscape, Researchgate) y bases de literatura académica (Google scholar) obteniendo 1,461 resultados; aplicando los criterios de inclusión y exclusión se obtuvieron 209 resultados.

Conclusiones: La apendicitis aguda en pacientes gestantes se considera un reto para el clínico, se sugiere una estricta anamnesis la cual será el pilar diagnóstico, los resultados de laboratorios y estudios radiológicos (ecografía abdominal y resonancia magnética según su disponibilidad) son herramientas para complementar el diagnóstico. Con respecto a escalas predictivas no se cuenta con una herramienta con buen rendimiento para este grupo poblacional por lo que se sugieren estudios adicionales.

Key Words: Acute appendicitis diagnosis, acute appendicitis in pregnant women, acute appendicitis

Palabras Clave: Diagnostico apendicitis aguda, apendicitis agudas en gestantes, escalas diagnosticas en apendicitis aguda, validación de escalas diagnosticas en apendicitis aguda, tratamiento de apendicitis aguda.

Acute appendicitis in pregnant patients, How to diagnose it?

Objective: To conduct a review of the literature on the concepts and existing studies in pregnant patients with abdominal pain and suspected acute appendicitis, establishing the functionality of predictive scales and their use.

Methods: Descriptive review of the literature using the PICOT strategy, with keywords "appendicitis" AND "pregnancy", by searching scientific databases (Pubmed, Clinicalkey, Scielo, Medscape, Researchgate) and academic literature databases (Google scholar) obtaining 1,461 results; applying the inclusion and exclusion criteria, 209 results were obtained

Conclusions: Acute appendicitis in pregnant patients is considered a challenge for the clinician, a strict anamnesis is suggested which will be the diagnostic pillar, the results of laboratories and radiological studies (abdominal ultrasound and magnetic resonance imaging according to their availability) are tools to complement the diagnosis. Regarding predictive scales, there is no tool with good performance for this population group, therefore additional studies are suggested.

diagnostic scales, validation of acute appendicitis diagnostic scales, acute appendicitis treatment.

INTRODUCCIÓN

La Apendicitis Aguda es una de las patologías quirúrgicas más prevalentes a nivel mundial y nacional, por lo tanto, de gran interés en salud pública. Es urgencia

¹²³ Fellow American College of Surgery, Miembro Asociación Colombiana de Cirugía, Departamento servicio de cirugía general Hospital La Victoria, Docente adjunto Universidad Antonio Nariño, Universidad del Bosque, Universidad Juan N Corpas.

¹²⁴ Departamento de cirugía general Hospital La Victoria, médica hospitalaria.

¹²⁵ Departamento de cirugía general Hospital La Victoria, médico interno electivo.

quirúrgica en paciente gestante, con múltiples desenlaces maternos fetales de interés epidemiológico, por lo que se hace prioritario unificar conceptos por parte de los profesionales de la salud, para realizar un diagnóstico oportuno y eficaz de acuerdo a evidencia científica. Por consiguiente, es nuestro objetivo realizar una revisión de la literatura dejando claras bases clínicas, paraclínicas, funcionalidad de escalas productoras y manejo a seguir para su abordaje.

METODOLOGIA:

El presente artículo como una revisión descriptiva de la literatura conto con una estrategia estructurada de búsqueda enfocado las siguientes preguntas ¿Cómo diagnosticar apendicitis en paciente gestante? ¿Cuál es la mejor escala diagnostica de apendicitis aguda en mujeres gestantes? Una vez planteados los interrogantes se optó por la mejor herramienta de búsqueda para recolectar la información necesaria y poder crear una serie de recomendaciones y conclusiones; para esto se determinó utilizar la estrategia PICOT (Población, intervención, comparación, outcome (resultado), tipo de estudio) con el fin de establecer el tipo de evidencia para responder la pregunta. Se realizó la búsqueda en bases de datos científicos (Pubmed, Elseiver, Clinicalkey, Scielo, Medscape, Researchgate) y base de literatura académicos (Google scholar) cuya población diana fue la de mujeres gestantes con sospecha y/o diagnóstico de apendicitis en estudios comparativos con mujeres en edad fértil con el mismo diagnostico en los cuales se establecían las siguientes características (Peñaherrera Oviedo , 2015):

- Series de casos clínicos

- Estudios de casos y controles
- Revisiones de literatura
- Estudios retrospectivos

Posterior a esto se tomó en cuenta la fecha de publicación entre 2015 – 2020 y se determinó una serie de criterios de inclusión y exclusión los cuales fueron:

Inclusión:

- Estudios publicados entre los años 2015-2020
- Estudios en los que se utilizaran escalas como herramientas diagnostica
- Estudios con poblaciones estadísticamente significativas

Exclusión:

- Series de casos de pacientes con comorbilidades asociadas al diagnóstico de apendicitis aguda
- Población que no se encuentre en edad fértil (niños y tercera edad)
- Estudios en los que el diagnostico no se estableciera de acuerdo a escalas diagnosticas
- Estudios experimentales

Posteriormente clasificando las revisiones encontradas de acuerdo a ejes temáticos que permitieron discriminar los artículos de acuerdo al contenido de importancia para la presente revisión.

DEFINICIONES

APENDICITIS

Se define como inflamación aguda del apéndice cecal con reacción peritoneal variable.

AGUDA

Epidemiología

Se considera como causa común de dolor abdominal agudo, asociado a alta morbimortalidad.

El riesgo de cursar con apendicitis a lo largo de la vida es de 8,6% para hombres y 6,7% para mujeres, siendo más común en edades de 10-30 años. La incidencia mundial reportada se encuentra en 11 casos por 10.000 habitantes/año (aumentado a 23 casos por 10.000hab/año entre las edades 15-30 años). En casos particulares como las gestantes, se encuentra una frecuencia de apendicitis aguda de 0,4 a 1,4 por cada 1000 embarazos, siendo causa del 25% de las cirugías no obstétricas durante gestación.

Adicionalmente, al ser un reto diagnóstico por cambios anatómicos cuenta con mayor tasa de perforación, conllevando a mayor morbilidad materna (52% vs 17% sin perforación) y mayor mortalidad que puede alcanzar el 4%, además de aumentar la actividad uterina pretérmino y parto pretérmino, con aumento de mortalidad fetal en un 24% cuando se perfora el apéndice vs 7% cuando no hay perforación. (Olga Isabel Restrepo Castro, 2018)

Desde el punto de vista de tratamiento se pueden además observar: La apendicetomía como procedimiento quirúrgico es la cirugía abdominal más frecuente realizada de urgencia. Aproximadamente hasta el 20% de los pacientes que son llevados a cirugía por sospecha de apendicitis, tienen un apéndice cecal normal

Factores de riesgo

1. Edad entre 10 – 30 años (por mayor frecuencia)
2. Historia familiar (reporte de riesgo 3 veces mayor en paciente con

familiares con antecedente de apendicitis)

3. Infecciones (en su mayoría virales) (Bhangu, 2015)
4. Longitud de apéndice cecal entre 4-10cm aumenta riesgo de apendicitis.
5. Toda situación que lleve a la demora para consultar y diagnosticar la patología por la alta morbimortalidad asociada.

Fisiopatología

Se considera asociado a obstrucción de la luz apendicular siendo esta multifactorial: Aproximadamente el 60% de los casos se relaciona con hiperplasia de los folículos linfoides submucosos (placas de Peyer) por infecciones virales en su mayoría, el 35% por la presencia de un fecalito correlacionado con dieta baja en fibra, el 4% por existencia de cuerpos extraños (semillas, parásitos como oxiurus, áscaris o tenia) y el 1% con estenosis o tumores de la pared apendicular o el ciego. (Bhangu, 2015)

Luego de la obstrucción de la luz, hay aumento del peristaltismo y la secreción de la luz del apéndice provocando aumento de la presión luminal con obstrucción linfática y edema transmural con distensión del asa, llevando a dolor periumbilical o epigástrica por la inervación aferente visceral. El edema y congestión vascular lleva a translocación leucocitaria representándose clínicamente como náusea y vómito. Habrá progresión de la inflamación local hasta llegar a la serosa en donde se pondrá en contacto con el peritoneo parietal generando dolor de tipo somático en cuadrante inferior derecho.

Ante la eventual progresión, se genera congestión venosa con trombosis, presencia de isquemia e infarto en la pared del borde antimesentérico (por menor irrigación) con lo

que los signos de irritación peritoneal (dolor a la compresión y rigidez muscular) se harán más evidentes. Se generará adelgazamiento de la parte más distal a la oclusión por distensión, ulceración y necrosis de la mucosa, haciéndose evidente durante este punto al examen físico febrícula, taquicardia, leucocitosis con desviación a la izquierda secundario a liberación de interleucinas y radicales libres resultantes de la necrosis, llegando a la perforación de la pared con salida de materia fecal a cavidad peritoneal con su respectiva complicación, peritonitis (Indira Noa Lores, 2011).

Clasificación de la patología:

1. Edematosa: Etapa inicial, presenta congestión linfática y edema periapendicular, con aumento de las bacterias y úlceras en la mucosa. Macroscópicamente turgente por edema y eritematoso.
2. Fibrino-purulenta: Etapa con congestión venosa por aumento de presión intraluminal, edema e isquemia de pared e infiltración bacteriana, los cambios son más evidentes por aparición de membranas fibrino-purulentas, escaso líquido de reacción peritoneal localizado peri- apendicular sin translocación bacteriana.
3. Gangrenosa: Etapa de compromiso arterial y venoso con necrosis transmural de la pared apendicular, sin perforación macroscópica aparente y cultivo del líquido periapendicular generalmente positivo debido a translocación bacteriana.
4. Perforada: Etapa con necrosis y solución de continuidad de la pared apendicular con salida de materia fecal y secreción purulenta a cavidad. Puede subclasificarse así:

- a. Apendicitis perforada con peritonitis localizada: salida de contenido colónico hacia la zona contigua al apéndice con inflamación peritoneal periapendicular.
- b. Apendicitis perforada con pelvi-peritonitis: salida de contenido del colon hacia la pelvis con inflamación peritoneal pélvica.
- c. Apendicitis perforada con absceso apendicular: proceso inflamatorio contenido por epiplón y órganos vecinos. Presencia de pus.
- d. Apendicitis perforada con peritonitis generalizada: proceso infeccioso no es controlado localmente y hay presencia de pus en toda la cavidad abdominal.
- e. Apendicitis perforada con plastrón: proceso inflamatorio apendicular contenido y modulado por el sistema inmune del paciente, dando como resultado la formación de un absceso circunscrito o una masa inflamatoria.

DIAGNÓSTICO

Cuadro Clínico

En pacientes gestantes se considera una de las presentaciones clínicas especiales, generalmente los dos primeros trimestres del embarazo los síntomas difieren poco de los presentados por la mujer no embarazada:

- Dolor migratorio
- Vómito (tiene más valor después del 1er trimestre ya que se puede confundir con hiperémesis gravídica)
- Fiebre

- Constipación, aunque puede aparecer diarrea (Indira Noa Lores, 2011).

Al examen físico, se pueden encontrar ciertas variaciones por migración del apéndice y el ciego durante la gestación, al 6to mes se puede encontrar a nivel de la cresta iliaca y durante el tercer trimestre en el cuadrante superior derecho, además el cuerpo uterino se interpone entre la pared abdominal y el apéndice por lo que los puntos de exploración como McBurney no se encuentran en su sitio habitual más que en los 3 primeros meses por lo que en siguientes trimestres se debe explorar en decúbito lateral izquierdo palpando flanco e hipocondrio derecho por el desplazamiento descrito del apéndice. Tomando importancia la búsqueda del signo de Alder para diferenciar procesos dolorosos propiamente del útero grávido vs apendicitis, este se realiza colocando a la paciente en decúbito lateral izquierdo llevando a desplazamiento del útero hacia la izquierda y así mismo se genera la desviación del dolor, mientras que si el dolor persiste en el punto de mayor sensibilidad se puede considerar posible apendicitis (Olga Isabel Restrepo Castro, 2018)

Adicionalmente, las pacientes después del 6to mes presentan desviación del útero grávido hacia la izquierda, llevando a aumento en la tensión del ligamento redondo derecho generando dolor en fosa iliaca derecha, este mismo mecanismo puede verse durante los movimientos fetales, llevando a confusión con patología apendicular.

Se debe tener en cuenta que el aumento del tamaño uterino conlleva a separación de órganos intraabdominales haciendo difícil la presentación de defensa muscular o hipersensibilidad de rebote (Blumberg), sobre todo si el apéndice se encuentra posterior al útero o retrocecal, por lo que se

consideran signos poco específicos en los últimos trimestres de la gestación.

Durante el tercer trimestre de gestación por dicha separación de órganos intraabdominales, se genera una incapacidad del epiplón e intestino de alcanzar el área infectada y contenerla, por lo que se tiende a presentar mayor porcentaje de fases avanzadas de la enfermedad y de peritonitis generalizadas. En otros escenarios, donde se logra contener el foco presentándose peritonitis localizada, al vaciarse el útero (ya sea por aborto o parto) disminuye el tamaño uterino y deshace adherencias que delimitan la infección conllevando a drenaje de la colección a todo el peritoneo (Olga Isabel Restrepo Castro, 2018)

Por lo anteriormente descrito se considera el diagnóstico de apendicitis aguda como un reto, dado que las alteraciones anatómicas llevan por lo general a un retraso diagnóstico y aumento de la frecuencia de la perforación.

Laboratorios

Se requiere de toma de química sanguínea contando con hemograma y PCR, en donde se evidenciará leucocitosis con desviación a la izquierda, además de elevación de reactante de fase aguda. En mujeres gestantes se debe tener en cuenta la leucocitosis fisiológica la cual varía según el trimestre (aprox 15.000 -16000 x1000 WBC/mm³), por lo que se debe prestar atención al % de polimorfonucleares.⁶ Debe además solicitarse parcial de orina para descartar infección urinaria como diagnóstico diferencial.

Al igual que los signos y síntomas, cada examen de laboratorio por separado es un predictor débil de apendicitis aguda, su normalidad no traduce ausencia de enfermedad por lo que se debe hacer estudio

acucioso y sumatoria de estos para conformar un diagnóstico.

Escalas de predicción

Se realizan con el fin de precisar la sospecha de apendicitis aguda, por lo que se han generado múltiples escalas evaluando síntomas, signos y pruebas diagnósticas para determinar la probabilidad de presentación del cuadro, estas se pueden aplicar a todo paciente adolescente, adulto, gestante en 1er y 2do trimestre con sospecha clínica de apendicitis.

Se considera el uso de Alvarado y Score de Apendicitis del Adulto (AAS) por encontrarse amplios estudios retrospectivos y transversales prospectivos y representan nivel 2 y 3 de evidencia (Di Saverio, 2016)

Escala de Alvarado (MANTRELS)

Descrita en 1986, toma 10 puntos para su evaluación.

HALLAZGO	PUNTAJE
Dolor migratorio	1
Anorexia	1
Nausea	1
Dolor en cuadrante inferior derecho	2
Dolor de rebote	1
Temperatura elevada >37,5°C	1
Leucocitosis >10.000 cel/mm ³	2
Desviación a la izquierda (Neutrófilos > 75%)	1
Total	10
Interpretación	
Baja probabilidad de apendicitis	score 0-4

Posible apendicitis	score 5-6
Probable apendicitis	score 7-8
Alta probabilidad de apendicitis	score 9-10

A la interpretación de la escala se pueden dar las siguientes apreciaciones.

- Score <5 se considera es sensible para excluir el diagnóstico (S 99 % IC 97-99 y E del 43% IC 36 – 51%) por lo cual este grupo puede ser dado de alta con indicaciones una vez se hayan descartado otras patologías prevalentes (infección urinaria p. ej.) dando manejo analgésico y signos de alarma para reconsultar. Se considera debe ser valorado por cirujano general con un score >5 puntos. (Nivel de evidencia I, Recomendación Grado A) (Di Saverio, 2016)
- Score <7 tiene una sensibilidad del 82% (76-86%) y especificidad 81% (76-85%), sugiriendo no es suficientemente preciso para descartar o confirmar el diagnóstico de apendicitis aguda, requiriendo observación, exámenes seriados, ultrasonido o TAC (Di Saverio, 2016)
- Score >7 en hombres y ≥9 en mujeres se asocia a LR+ similar al de la TAC para diagnóstico de apendicitis aguda indicando puede ser llevado a manejo quirúrgico.

Hay que tener en cuenta la población objeto dado que los estudios realizados para esta escala son realizados en adultos, mujeres en edad fértil y adolescentes, es poca la información que se tiene su validación en gestantes encontrándose los siguientes datos:

Un estudio retrospectivo de casos y controles de mujeres gestantes (n=48) en distintos trimestres, a quienes se aplicó escala de Alvarado encontrando sensibilidad de 78,9%

y especificidad 80% en comparación a sensibilidad del 75% y especificidad 73,3% en el grupo control (no gestantes) (Tatli, 2017) evidenciándose poca diferencia entre grupos, sin embargo, se deben tener en cuenta:

- La escala de Alvarado tendrá puntaje mayor en mujeres gestantes debido a la leucocitosis fisiológica y la frecuencia de náusea y vómito especialmente en 1er trimestre.
- Adicionalmente, se considera puede variar la calificación del dolor en cuadrante inferior derecho y dolor migratorio por la variabilidad anatómica propia del crecimiento uterino, notándose más a partir del 2do trimestre, pudiendo dar una calificación menor en la mujer gestante (Tatli, 2017)

Se concluye entonces, la escala de Alvarado puede usarse en distintas poblaciones diferentes a pacientes gestantes, dado que no se tiene evidencia suficiente que soporte su realización en esta población, de la cual su pilar diagnóstico será la historia clínica, paraclínicos e imágenes.

Score RIPASA (Raja Isteri Pengiran Anak Saleha Appendicitis)

Diseñada en el 2010 en el Hospital RIPAS, al norte de Borneo en Asia, con el objetivo de poder realizar un diagnóstico temprano de apendicitis aguda. Con una sensibilidad del 98% y especificidad del 83% (Di Saverio, 2016) la cual puede llegar al 100% cuando se complementa con estudios ecográficos. Toma en cuenta 14 aspectos clínicos incluyendo edad y sexo del paciente, síntomas y signos característicos y signos clínicos como dolor al rebote, posición antialgica, signo de Rovsing y fiebre (Díaz-Barrientos, 2018).

ESCALA RIPASA	PUNTOS
DATOS	
Hombre	1
Mujer	0.5
< 39.9 Años	1
> 40 Años	0.5
Extranjero	1
SINTOMAS	
Dolor en fosa iliaca derecha	0.5
Nauseas/vomito	1
Dolor migratorio	0.5
Anorexia	1
Síntomas < 48 horas	1
Síntomas > 48 horas	0.5
SIGNOS	
Hipersensibilidad en fosa iliaca derecha	1
Resistencia muscular voluntaria	2
Rebote	1
Rovsing	2
Fiebre > 37 y 39 °C	1
LABORATORIO	
Leucocitos	1
Análisis de orina negativo	1

De acuerdo a los diversos hallazgos encontrados ante la sospecha de apendicitis aguda la interpretación es:

- Improbable (< de 5.0 puntos): Observación del paciente en hospitalización y revalorar en 1 a 2 horas. Si disminuye el puntaje, egreso; si aumenta tratar de acuerdo con el puntaje
- Baja probabilidad (5.0-7.0 puntos): Observación en hospitalización temporal y revalorar en a 2 horas o realizar estudio de imagen para descartar apendicitis aguda (Díaz-Barrientos, 2018)
- Alta probabilidad (7.5-11 puntos): Valoración por cirugía y admisión.

Revalorar en 1 a 2 horas. Si permanece alto, preparar al paciente para apendicetomía. En mujeres sugerir realización de ultrasonografía para descartar causa ginecológica (Díaz-Barrientos, 2018)

- Diagnóstico de apendicitis aguda: más de 12 puntos. Valoración por cirugía para realización de apendicetomía (Díaz-Barrientos, 2018)

De acuerdo con un estudio retrospectivo, unicéntrico entre 9 escalas diagnosticas (Alvarado, Eskelinen, Ohmann, AIR, RIPASA, Tzanakis, Lintula, Fenyo-Lindberg y Karaman) en una población de 79 gestantes que se comparó con un grupo de control de 79 mujeres en edad fértil agrupándose en estratos de edad similar (26 – 28 años) de acuerdo a los puntos de cohorte establecidos demostró que el score de RIPASA fue el del mejor desempeño con un VPP de 94,4%, VPN de 44%, y una sensibilidad y especificidad del 78,46% y 78,57% respectivamente sin ser una escala recomendada por los autores del artículo afirmando que es necesario crear un sistema diagnostico con una mayor sensibilidad teniendo en cuenta que el diagnostico de apendicitis aguda en pacientes embarazadas debe realizarse de forma segura con el fin de evitar procedimientos innecesarios y que pueden producir complicaciones a largo plazo (Mantoglu, 2020)

Score de Respuesta inflamatoria a Apendicitis (AIR)

Propuesta en 2008 por Anderson y Anderson. Tiene 8 variables el cual incluye la PCR:

Signo o síntoma	Punto
Vomito	1 pt
Dolor en fosa iliaca derecha	1 pt

Dolor rebote	1-3 pts. (leve – medio – severo)
Temperatura >38,5°C	1 pt
% de PMN	1 pt si 70 -84%, 2 pts. si ≥85%
Leucocitos	1 pt si 10-14,9 x10 ⁹ /L, 2 pts. ≥ 15 × 10 ⁹ /L
PCR	1 punto SI 10-49 mg/L, 2 puntos si ≥ 50 mg/
Categoría de riesgo según AIR score	
<ul style="list-style-type: none"> • 0-4 puntos = riesgo bajo • 5-8 puntos = riesgo intermedio • 9-12 puntos = riesgo alto 	

Se considera si un puntaje <4 tiene muy alta sensibilidad (96%) y se puede descartar apendicitis, si se tiene 5-8 requiere observación y otros estudios para determinar el diagnóstico y >8 con alta especificidad (99%) para apendicitis (Díaz-Barrientos, 2018).

Esta escala ha demostrado ser útil para la toma de decisiones para reducir ingresos hospitalarios, optimizar utilidad de las imágenes diagnósticas y prevenir cirugías innecesarias (Díaz-Barrientos, 2018).

En el mismo estudio en el que se comparó diversas escalas diagnosticas para apendicitis agudas en mujeres embarazadas esta escala resultado ser más sensible y específica para el grupo de control compuesto por pacientes en edad fértil no embarazada con un VPP del 92,9%, sensibilidad del 80% y especificidad del 71,4% (Mantoglu, 2020)

Estudios imagenológicos:

Los estudios radiológicos son a menudo la vía de confirmación del diagnóstico de apendicitis aguda, se debe hacer la elección del tipo de imagen a solicitar teniendo en cuenta la edad y la viabilidad de exposición a radiación; su solicitud es más común en pacientes con cuadro de dolor abdominal atípico en donde se busca mayor orientación para determinación de manejo evitando cirugías innecesarias, asociándolo siempre con anamnesis, examen físico y laboratorios

1) Ecografía:

Para su diagnóstico se presenta como asa tubular ciega aperistáltica, no compresible con un diámetro >6mm, de contorno irregular o líquido periapendicular (Tase, 2017). Examen operador dependiente sujeta a sesgo. Tiene sensibilidad de 75-90% y especificidad del 86-100% con un valor predictivo positivo de 89-93% para diagnóstico de apendicitis aguda cuando el apéndice es visible. (Flexer, 2014)

En mujeres gestantes, los criterios del *American college of Radiology* recomiendan el uso de ultrasonografía de presión gradual como la imagen inicial en primer y segundo trimestre, (Flexer, 2014) por ser un estudio seguro y rápido. Se encuentra como estudio de primera mano, cuenta con un valor predictivo positivo 88,2% y un Valor Predictivo Negativo 100% los cuales pueden variar según el estudio analizado y la edad gestacional (Tase, 2017). Posee una sensibilidad del 20% y especificidad del 100%, por lo que un estudio ultrasonográfico positivo para apendicitis no requerirá confirmación con un test

3) Resonancia Magnética Nuclear (RMN):

Se considera como opción alternativa al TAC, especialmente en pacientes gestantes y niños (cuando la ecografía presenta hallazgos

adicional. Por lo anteriormente descrito, se considera se debe realizar una ecografía como parte del estudio de la gestante ante sospecha de inflamación apendicular.

2) Tomografía axial Computarizada:

Es una de las pruebas más comunes para el diagnóstico de apendicitis, es eficaz y precisa. Tiene la ventaja de no ser operador dependiente y de ser fácil de interpretar. En la observación se evidencia un apéndice inflamado y engrosado, con trabeculación circundante por inflamación, diámetro >7mm, pared inflamada y engrosada con realce mural o “signo de diana”, el líquido o gas periapendiculares son indicativos de perforación. Cuenta con sensibilidad de 95% y especificidad de 99%, por lo que es la imagen más ampliamente aceptado ante sospecha de apendicitis en países como Estados Unidos en donde se realiza al 86% de pacientes con dicha sospecha.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que en pacientes gestantes no se aconseja su uso por la exposición a radiación, un TAC abdominal presenta una dosis de 10-20mSv (aproximadamente 500-1000 radiografías), y aunque puede ayudar a disminuir las apendicetomías negativas, conlleva a exposición fetal a la radiación aumentado el riesgo al doble de presentar cáncer en la infancia e incidencia variable de malformaciones. Se considerará como opción si la RMN está contraindicada (Selzer, 2019)

indeterminados) o si presenta alergia a contrastes iodados, debe tenerse siempre en cuenta su disponibilidad para no retrasar el diagnóstico y posible intervención quirúrgica, por lo que su solicitud debe estar

ligada a conceptos clínicos que favorezcan a la paciente. Los signos de apendicitis encontrados serán un apéndice con diámetro $>6\text{mm}$ e hiperintensidad en grasa periapendicular en T2. Presentando una sensibilidad que varía entre 90-100% y especificidad del 94-98% (Tase, 2017) Se considera segura en la gestación por no asociarse a radiación y no paso del gadolinio a través de la barrera feto placentaria.

- 4) Laparoscopia:
Se considera la laparoscopia diagnóstica un procedimiento invasivo con requerimiento de anestesia general, lo que conlleva riesgos inherentes, el cual se puede realizar ante dolor abdominal atípico inferior agudo en mujeres, siendo un excelente método para realizar diagnóstico específico, disminuyendo estancia hospitalaria y evitando futuras complicaciones. (Nivel de evidencia I, Recomendación Grado A) (Selzer, 2019)

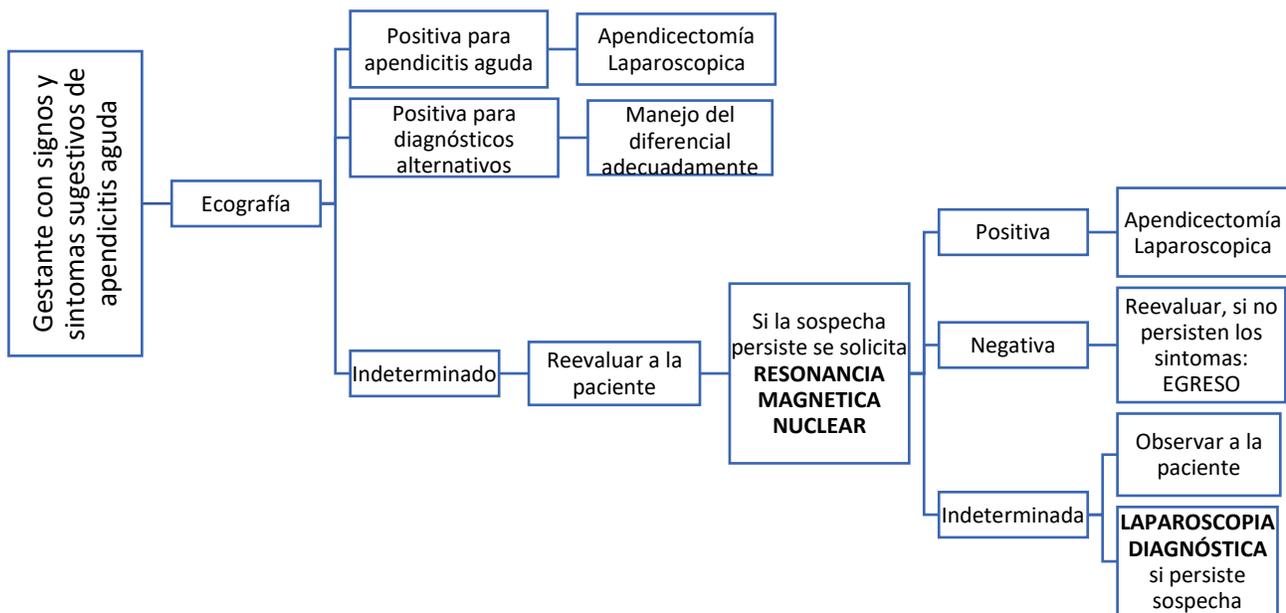


Imagen adaptada de: Suspected appendicitis in pregnancy. *Surgeon.* 2014;12(2):82-86. doi:10.1016/j.surge.2013.11.022

SÍNDROME DE HUTCHINSON GILFORD

Diagnóstico Diferencial

Cólico renal por litiasis, colecistitis aguda, abruptio placentae, síndrome de ligamento ancho, torsión de anexo, entre otros (Laffita Labañino, 2011)

Plan de manejo

El tratamiento de elección es la apendicectomía, este se realiza en el menor tiempo posible posterior al diagnóstico, por estadística y seguimiento antes de 6 horas. Aunque su realización puede estar estipulada de acuerdo al tiempo de evolución del cuadro lo que influenciará el manejo inmediato vs diferido.⁵ Si se considera apendicitis aguda no complicada puede esperar un tiempo corto en comparación con pacientes que ingresan con varios días de evolución presentando peritonitis generalizada requiriendo manejo inmediato; siendo otro escenario aquellos con evolución >5 días asociado a masa palpable en fosa iliaca derecha (plastrón) en donde se puede diferir su manejo.

Una vez hecho el diagnóstico se debe preparar al paciente, iniciando con el manejo medico el cual está compuesto por:

- a. Estabilización fisiológica del paciente, monitorización estrecha para evaluar requerimiento de soporte vasopresor asociado. (Nivel de evidencia II, Recomendación Grado A) (Di Saverio, 2016).
- b. Manejo del dolor con analgésicos endovenosos, se puede usar morfina la cual disminuye el dolor y no enmascara hallazgos al examen físico ni altera el diagnóstico de apendicitis aguda
- c. Ayuno 6-8 horas, ante la sospecha de patología quirúrgica debe suspenderse la vía

oral, si presenta distensión abdominal o vómito incoercible se puede realizar paso de sonda nasogástrica para descompresión abdominal.

- d. Manejo antibiótico: Se indica la administración de antibiótico preoperatorio a todos los pacientes quienes serán llevado a apendicectomía para disminuir morbilidad e infección de sitio operatorio⁷ (WSES Grado A, Nivel 1). El manejo puede considerarse de inicio empírico dirigido hacia Gram negativos entéricos, bacilos aerobios facultativos, estreptococos entéricos Gram positivos y obligatoriamente anaerobios.⁵ En pacientes con apendicitis complicadas (abscesos o perforación), se debe iniciar el manejo antibiótico en la primera hora posterior al diagnóstico (Nivel de evidencia III, Recomendación Grado A)⁷. El espectro antibiótico puede ser estrecho o ampliado según criterio medico enfocándose en presencia de único agente infeccioso vs manejo combinado, puede realizarse la profilaxis antibiótica con los esquemas ya descritos o adicionar Piperacilina-tazobactam, meropenem, en este caso se beneficiará de antibiótico posoperatorio el cual será discontinuado de 3-5 días de acuerdo a evolución clínica y laboratorios (ausencia de fiebre en 24 horas, tolerancia a la vía oral, hemograma sin leucocitosis) (WSES Grado B, Nivel 2).⁷ No olvidar durante el uso del antibiótico el contexto de paciente, evitando nefrotóxicos en paciente con enfermedad renal crónica, aminoglucósidos en gestantes o niños o de acuerdo a antecedentes de hipersensibilidad.
- e. Manejo quirúrgico: La apendicectomía puede ser realizada vía abierta (Incisión Rockey Davis, McBurney, laparotomía) o por vía laparoscópica, ya sea para apendicitis complicada o no complicada, determinándose la vía según clínica del paciente, disponibilidad de insumos,

SÍNDROME DE HUTCHINSON GILFORD

decisión y experticia del cirujano. Actualmente, se considera la apendicectomía por laparoscopia el procedimiento de elección dado que está asociado a menor dolor, menor tasa de infección de sitio operatorio, disminución de estancia hospitalaria y reinicio temprano de actividades del paciente, así mismo como mejores resultados en pacientes con obesidad, comorbilidades y ancianos (Di Saverio, 2016)

En mujeres embarazadas, existe cierta evidencia que sugiere aumento del riesgo de pérdida fetal o parto pretérmino con vía laparoscópica comparado con vía abierta, por lo que paciente y familiares deben estar informados de riesgos y complicaciones materno fetales durante y después del procedimiento, sin embargo actualmente se encuentran ciertas especificaciones durante la técnica para disminuir este riesgo el cual será menor al tercer trimestre. Según el escenario la gestante puede ser también llevada a laparotomía o apendicectomía abierta, la cual se prefiere a través del punto de McBurney o el punto de máximo dolor, la elección dependerá del IMC, edad gestacional y elección del cirujano según su experiencia (Di Saverio, 2016)

Se puede encontrar un resumen de métodos diagnósticos y tratamiento en el siguiente mapa conceptual: Complicaciones Quirúrgicas

Presentes en el 8-31% de los pacientes llevados a apendicectomía incluyendo: Sangrado, infección de herida quirúrgica o de cavidad abdominal, fistulas intestinales, absceso residual.

No quirúrgicas: choque séptico, trombosis séptica de la porta, entre otros.

Seguimiento

Evaluación del espécimen histopatológico (es necesario descartar malignidad presente en el 1%.

Conclusiones

La apendicitis en paciente gestante se considera un reto para el clínico dadas las múltiples variaciones tanto en signos como en síntomas y hallazgos al examen físico con respecto a la población en general, por lo tanto se recomienda una estricta anamnesis la cual será el pilar diagnóstico, no descartando las herramientas adicionales gracias a los laboratorios y estudios radiológicos que se tengan a la mano de acuerdo como se indica en esta revisión, dando vital importancia al uso de ultrasonografía de presión gradual como la imagen inicial en primer y segundo trimestre por ser un estudio seguro y rápido; la Resonancia Magnética Nuclear dado el rango de seguridad y rendimiento (sensibilidad 90-100% y especificidad del 94-98%) en este grupo poblacional se puede usar en cualquier momento de la gestación en caso de contar con el recurso para no retardar el diagnóstico, de lo contrario el cirujano definirá otras alternativas diagnosticas vs manejo quirúrgico.

Con respecto a escalas predictivas se encontraron múltiples estudios ya descritos, con muestras reducidas y pobre margen de estudio por cuestiones éticas lo cual se considera un limitante de esta investigación, de acuerdo a la estrategia de búsqueda propuesta se concluye que la escala de Alvarado puede usarse en distintas poblaciones diferentes a pacientes gestantes, dado que no se tiene evidencia suficiente que soporte su realización en esta población; el score RIPASA fue el del mejor desempeño (VPP de 94,4%- VPN de 44%), (Sensibilidad y especificidad del 78,46% y 78,57% respectivamente sin ser una escala recomendada por los autores del artículo afirmando que es necesario crear un sistema diagnóstico con una mayor sensibilidad; AIR score no se recomienda en este grupo poblacional dado que resulto ser más sensible y

SÍNDROME DE HUTCHINSON GILFORD

específica para el grupo de control compuesto por pacientes en edad fértil no embarazada; por lo tanto no se recomienda de primera mano realización de escalas predictivas en pacientes gestantes, se encamina a ser acucioso con la historia clínica para tomar decisiones médico quirúrgicas y se sugiere la realización de nuevos estudios en donde la herramienta a usar tenga mayor sensibilidad y especificidad, teniendo en cuenta que el diagnóstico de apendicitis aguda en pacientes embarazadas debe realizarse de forma segura con el fin de evitar procedimientos innecesarios.

REFERENCIAS

- Bhangu, A. S. (2015). *Acute appendicitis: modern understanding of pathogenesis, diagnosis, and management*. The Lancet. doi:[https://doi.org/10.1016/s0140-6736\(15\)00275-5](https://doi.org/10.1016/s0140-6736(15)00275-5)
- Di Saverio, S. B. (2016). *WSES Jerusalem guidelines for diagnosis and treatment of acute appendicitis*. World Journal of Emergency Surgery. doi:[10.1186/s13017-016-0090-5](https://doi.org/10.1186/s13017-016-0090-5)
- Díaz-Barrientos, C. Z.-G.-M.-T.-E. (2018). Escala RIPASA para el diagnóstico de apendicitis aguda: comparación con la escala de Alvarado modificada. *Revista de Gastroenterología de México*, 83(2), 112-116. doi:<https://doi.org/10.1016/j.rgm.2017.06.002>
- Flexer, S. M. (2014). Suspected appendicitis in pregnancy. *The Surgeon*. 12(2), 82-86. doi:<https://doi.org/10.1016/j.surge.2013.11.022>
- Indira Noa Lores, W. L. (2011). *Apendicitis aguda en la embarazada Acute appendicitis in pregnancy* (Vol. 53). Cuba : Revista Cubana de Cirugia.
- Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74932014000400002#:~:text=La%20apendicitis%20aguda%20en%20el%20embarazo%20fue%20descrita%20por%20primera,diferentes%20causas%2C%20independientemente%20del%20embarazo.
- Laffita Labañino, W. &. (2011). Apendicitis aguda en el embarazo. *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología. Revista Cubana de Ginecologia y Obstetricia* , 223-234. Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-600X2011000200012&lng=es&tlng=es.
- Mantoglu, B. G. (2020). Which appendicitis scoring system is most suitable for pregnant patients? A comparison of nine different systems. *World Journal of Emergency Surgery*, 15 (1), 1-8.
- Olga Isabel Restrepo Castro, N. G. (2018). Diagnóstico de apendicitis en el tercer trimestre de la gestación: reporte de caso y revisión de la literatura.
- Peñaherrera Oviedo , J. S. (2015). *Pregunta de Investigacion y estrategia PICOT*. Guayaquil , Ecuador : UCSG. doi:<https://www.researchgate.net/deref/http%3A%2F%2Fdx.doi.org%2F10.23878%2Fmedicina.v19i1.647>
- Selzer, D. J. (2019). Surgical Emergencies in the Pregnant Patient. *Advances in Surgery*. 53, 161-177. doi:<https://doi.org/10.1016/j.yasu.2019.04.008>
- Tase, A. K. (2017). Appendicitis in pregnancy: Difficulties in diagnosis and management. *Guidance for the emergency general surgeon: A*

SÍNDROME DE HUTCHINSON GILFORD

systematic review. *International Journal of Surgery Open*(6), 5-11.

Tatli, F. Y. (2017). *The Alvarado Score is accurate in pregnancy: a retrospective case-control study*. (Vol. 45). European Journal of Trauma and Emergency

Surgery.

doi:<https://doi.org/10.1007/s00068-017-0855-x>

PROGERIA: EL SÍNDROME DEL NIÑO ANCIANO

M.D. Daniela Valentina Lizarazo Nivia.*

RESUMEN

El síndrome de Hutchinson Gilford, también llamado progeria infantil, pertenece al grupo de síndromes progeroides segmentarios. Es un síndrome genético autosómico dominante raro y fatal que se caracteriza por un envejecimiento acelerado en los niños entre el primer y el segundo año de vida debido a una mutación en el gen de la lámina A (LMNA). Las principales características físicas son placas esclerodérmicas en la piel, hipotricosis y alopecia, baja estatura, bajo peso para la estatura, maduración sexual incompleta y disminución de la grasa subcutánea, entre otras peculiaridades. Al tratarse de un síndrome raro se ha descrito muy poca información al respecto, sin embargo con este artículo se busca hacer una actualización sobre esa enfermedad que está catalogada como enfermedad huérfana y cuyo pronóstico es casi catastrófico y cuyo tratamiento sigue siendo un enigma.

PALABRAS CLAVES: Progeria, enfermedad huérfana, síndrome genético autosómico dominante, síndrome progerioide.

ABSTRACT

Hutchinson Gilford syndrome, also called

infantile progeria, belongs to the group of segmental progeroid syndromes. It is a rare and fatal autosomal dominant genetic syndrome characterized by accelerated aging in children between their first and second year of life due to a mutation in the lamina A gene (LMNA). The main physical characteristics are sclerodermic plaques on the skin, hypotrichosis and alopecia, short stature, low weight for height, incomplete sexual maturation and decreased subcutaneous fat, among other peculiarities. Since it is a rare syndrome, very little information about it has been described, however with this article seeks to make an update on that disease that is classified as an orphan disease and whose prognosis is almost catastrophic and whose treatment is still an enigma.

*Médico general Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud, Hospital de San José, Bogotá. Departamento de pediatría, Hospital de Suba, Subred Integrada de Servicios de Salud Norte, Bogotá. Departamento de pediatría, servicio de urgencias, Clínica Infantil de Colsubsidio, Bogotá.

SÍNDROME DE HUTCHINSON GILFORD

KEY WORDS: Progeria, orphan disease, autosomal dominant genetic syndrome, progerioid syndrome.

INTRODUCCIÓN

El síndrome de Hutchinson Gilford o progeria infantil es un síndrome genético autosómico dominante poco frecuente y fatal que se caracteriza por un envejecimiento acelerado en los niños entre su primer y segundo año de vida por una mutación en el gen de la lámina A (LMNA).¹ Donde se ven comprometidos el desarrollo del crecimiento, la piel y anexos y la distribución de la grasa corporal. Tanto el desarrollo cognoscitivo como el psicomotriz se encuentran normales. No se ha observado transmisión de padres a hijos ya que la mayoría no maduran sexualmente ni se reproducen, además de tener una esperanza de vida corta.²

ESTADÍSTICA Y HERENCIA

Este síndrome se presenta de manera esporádica, tiene una incidencia de aproximadamente 1 de cada 4 a 8.000.000 de recién nacidos.³ Se ha reportado que los varones se ven más afectados que las mujeres en una relación de 1,5:1 y que la mayoría de los afectados son de raza blanca en un 97 por ciento.⁴

Aunque compromete varios componentes del desarrollo del niño, la enfermedad siempre

respeto el desarrollo psicomotriz y el mental. Se estima que la mayoría de los casos corresponden a mutaciones autosómicas dominantes esporádicas, aunque algunos investigadores han propuesto para el cuadro patrones de herencia autosómica recesiva, dada la aparición de casos en hijos de parejas con antecedentes de consanguinidad; sin embargo, su baja incidencia parece no apoyar esta hipótesis. Es así que el riesgo para los hermanos de un individuo afectado es pequeño. Aunque por un caso de mosaïcismo somático y germinal se ha informado que el riesgo de recurrencia para los padres de un niño con la enfermedad puede ser del orden de 1 en 500. La mutación que más se presenta en el gen de la lámina A es la del exón 11. La mortalidad es del 100 por ciento de los casos, ocurre entre las edades de los 7 a los 28 años, con una media de 13,4 años. Se estima que el 80% de las muertes son causadas por insuficiencia cardíaca congestiva o infarto.⁵

SÍNDROME DE HUTCHINSON GILFORD

Se reconocen 2 mutaciones causales que alteran la lámina A LMNA que son:

1. HGPS clásico. 1824C>T en el exón 11 resultando en un cambio de una Gly-a-Gly en el codón 608 (Gly608Gly). Esto da como resultado una delección de 150 nucleótidos o 50 aminoácidos de la lámina A llevando a una versión anormal de la proteína llamada Progerina. La ubicación de la mutación no afecta a la Lamina C.⁶
2. HGPS atípicos. 1822G>A (Gly608Ser), 1821G>A (Val607Val), o un 1968 G>A.

Fig. 2 La maduración de la lámina A y formación de Progerina o LAA50. (A) Procesamiento normal de la prelamina A. (B) Procesamiento de la mutación G608G (C1824T) en las células de HGPS. LY subrayado en los 50aa eliminados: Es el sitio de corte de Zmpste24.

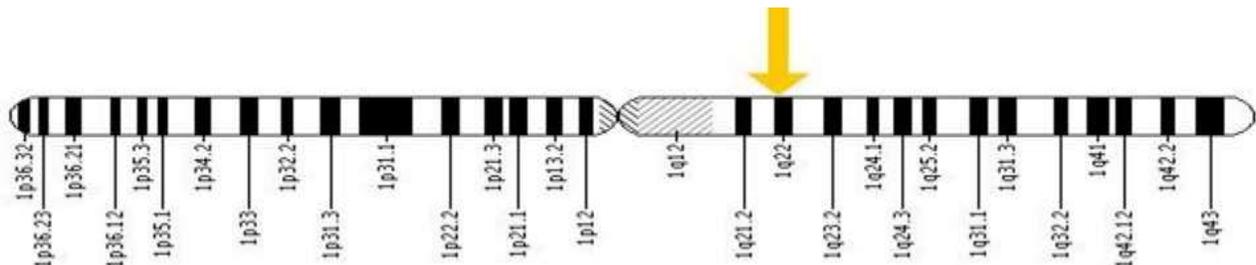
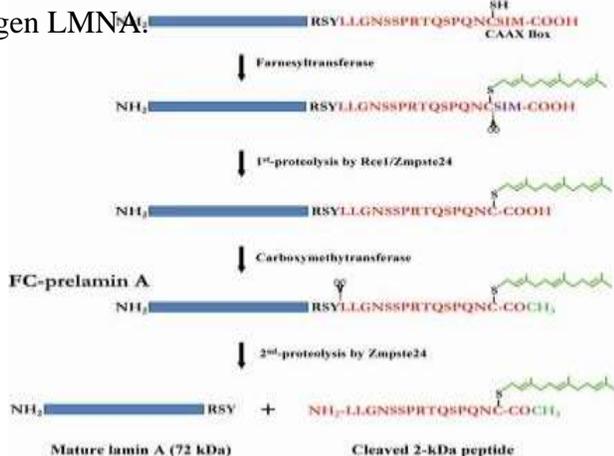
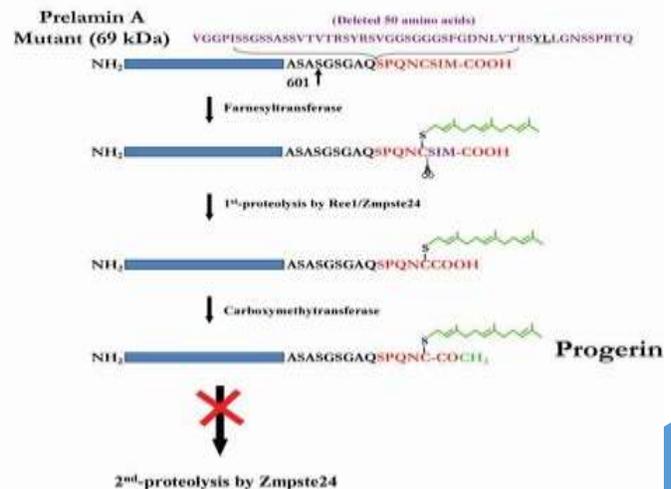


Fig. 1 Grafica del cromosoma 1 en donde se localiza el gen LMNA en el brazo largo (q) en la posición 22.

Las láminas son proteínas filamentosas de la envoltura nuclear. Se conocen 4 láminas las tipo A (lamina A, C) y las tipo B (B1, B2), codificadas por 3 genes diferentes, las tipo A, derivan de splicing alternativo del RNAm del gen LMNA:



Processing of G608G mutation (C1824T) in HGPS



SÍNDROME DE HUTCHINSON GILFORD

La prelamina A es el producto de la traducción del RNAm tiene 664aa y postraduccionalmente será procesada en la lámina A, por dos reacciones de transferencia y dos divisiones proteolíticas. Una farnesil transferasa transfiere una cadena hidrófoba de 15 carbonos a la cisteína en la caja CAAX de la prelamina. El tripeptido terminal se elimina por proteólisis ya sea por Rce-1 (Enzima convertidora de Ras-1) o Zmpste24 (Zinc metaloproteínasa) y la cisteína terminal es carboxilada. Luego los 15aa del péptido terminal que contienen dos modificaciones sufren una segunda proteólisis por la Zmpste24 para generar la lámina A; pero al perderse 50aa en la mutación, no ocurrirá una segunda proteólisis porque no se encuentra el punto de corte y se generara la proteína alterada Progerina. Las mutaciones responsables de este desorden genético son una versión anormal de la Lámina A que no se puede procesar correctamente en el núcleo de la célula. Cuando la proteína alterada se incorpora en la lámina, se puede interrumpir la forma de la envoltura nuclear. Al acumularse con el tiempo esta proteína alterada parece dañar la estructura y función del núcleo, causando muerte prematura de la célula. Lo que causa el síndrome Hutchinson-Gilford es la progerina, que es una isoforma de la lámina A, que actúa como una proteína dominante negativa que cambia la estructura de la lámina nuclear, lo que genera la enfermedad de envejecimiento prematuro, ya que esta no

es capaz de interactuar con varios miembros del complejo remodelador de la cromatina NuRD, contribuyendo así a la generación de los defectos característicos. El NuRD es un nucleosoma de remodelación y complejo correpressor desacetilasa que está implicado en la represión transcripcional de genes y remodelación de la cromatina.^{7,8}

CLÍNICA

Los pacientes con progeria son sanos al nacer, tienen un desarrollo normal hasta el primer o segundo año de vida y es en esta etapa donde empiezan a presentar signos de envejecimiento precoz y progresivo.

Inicialmente aparecen placas esclerodérmicas en la piel de la cadera y región superior de las extremidades inferiores, zonas que cada vez son de mayor tamaño y que comprometen casi todo el cuerpo, respetando fundamentalmente los genitales y algunas áreas de los miembros inferiores. Al tiempo disminuye la producción de sudor por parte de las glándulas sudoríparas y empiezan a hacerse evidentes la hipotricosis y la alopecia. Como parte de los signos más tardíos se encuentran la hiperpigmentación de la piel de áreas expuestas a la luz solar, así como la hipoplasia de las uñas.

SÍNDROME DE HUTCHINSON GILFORD

Tiene como resultado cuerpos desproporcionadamente pequeños en relación con el tamaño de sus cabezas, sin embargo su desarrollo intelectual con normalidad.⁹

Las manifestaciones clínicas de la progeria se clasifican en criterios mayores y signos que usualmente están presentes.

Los criterios mayores incluyen facies de pájaro, alopecia, venas de la calota prominentes, ojos grandes, micrognatia, dentición anormal y retardada, tórax en apariencia de pera "acampanado", clavículas cortas, piernas arqueadas como al "montar a caballo" (secundaria a una extensión incompleta de caderas y rodillas), extremidades superiores delgadas, con articulaciones prominentes, talla baja, peso bajo para la talla, maduración sexual incompleta y disminución de la grasa subcutánea.

Los signos que usualmente están presentes son piel esclerodérmica, alopecia generalizada, alopecia de pestañas y cejas, orejas prominentes con ausencia de lóbulos, nariz ganchuda, labios delgados con cianosis perioral, paladar alto, fontanela anterior permeable, voz de tono alto y uñas distróficas.¹⁰

DIAGNÓSTICO

El diagnóstico es fundamentalmente clínico y se realiza en niños que presenten los signos iniciales de la enfermedad y que se

encuentran entre los 12 meses y el segundo año de vida, además que presenten los criterios mayores de la enfermedad. Es importante iniciar el diagnóstico con una detallada evaluación clínica inicial, reconociendo las características físicas del niño/a, para luego detectar los genes heterocigotos en la mutación llamados LMNA que es la forma clásica de Progeria (c.1824C> T (p.Gly608Gly)) o también uno de cada tres de los heterocigotos de mutaciones en el gen llamado LMNA c.1822 G> A (p.Gly608Ser), c.1821 G> A (p.Val607Val), o un c.1968 G> a en los Síndromes Progeroides.¹¹

Para realizar el diagnóstico prenatal de la Progeria, se debe hacer el análisis del ADN que se extrae de células fetales que fueron obtenidas en alrededor de las 15 a 18 semanas gestacionales por amniocentesis. Este diagnóstico para los embarazos de alto riesgo requiere identificación previa de la mutación causante de la enfermedad en la familia. Dentro de los hallazgos bioquímicos más comunes encontrados en los pacientes con Progeria, está el aumento en la excreción del ácido hialurónico en orina. Dicho hallazgo no se ha podido relacionar con trastornos endocrinos ni metabólicos alguno.

TRATAMIENTO

Para confirmar el diagnóstico de la Progeria, se debe continuar con la realización de un examen radiológico al paciente. En caso de encontrar alguna o la mayoría de las alteraciones radiológicas siguientes es importante llevar el caso con especialistas en el tema: “Cráneo con fontanelas permeables, huesos wormianos con fracturas, hipoplasia malar y mandibular, con dientes apiñados; en el tórax hipoplasia clavicular, costillas ahusadas; en los huesos largos indentaciones, corticales delgadas, metáfisis anchas, coxa valga, coxa plana, genu valgum; en las falanges acro- osteolisis progresiva de las falanges distales; y otros signos como osteoporosis, escoliosis, cuerpos vertebrales en forma de boca de pescado, luxación de cadera, falta de unión de fracturas y pérdida de tejidos blandos.”¹²

Los diagnósticos diferenciales de este síndrome son otros síndromes progerioides como síndrome de Wiedemann-Rautenstrauch, síndrome de Werner, síndrome de Mulvill-Smith, síndrome de Cockayne, síndrome de Rotmund-Thompson, acrogeria, síndrome de Hallermann-Streif, gerodermia osteodisplásica, síndrome de Berardinelli-Seip o Lipodistrofia congénita generalizada, síndrome Progeroide de Petty-Laxova-Weidemann y el síndrome de Ehlers-Danlos, entre otros menos nombrados.

La progeria no tiene cura; sin embargo, se pueden detectar de manera prematura enfermedades cardiovasculares, que son las principales causas de fallecimiento de los pacientes, para valorar el curso de la enfermedad se deben hacer exámenes periódicos como electrocardiogramas y exámenes dentales, de la visión y de la audición para evaluar evolución de la patología. Algunas de las terapias usadas para controlar los síntomas de la enfermedad son dosis baja de aspirina que puede ayudar a prevenir ataques cardíacos y accidentes cerebrovasculares. Se puede recetar otros medicamentos, como estatinas para reducir el colesterol, medicamentos para reducir la presión arterial, anticoagulantes para ayudar a prevenir los coágulos sanguíneos y medicamentos para tratar los dolores de cabeza y las convulsiones. Igualmente se puede ofrecer fisioterapia y terapia ocupacional que pueden ayudar con la rigidez de las articulaciones y los problemas de cadera. Se puede ofrecer a los pacientes alimentos y suplementos nutritivos y de alto contenido calórico pueden ayudar a mantener una nutrición adecuada.¹³

SÍNDROME DE HUTCHINSON GILFORD

Ha salido un nuevo tratamiento que puede parar el proceso de la progeria o al menos enlentecerlo y aunque desde el 2009 se encuentra en ensayos clínicos en humanos en ratas ya demostró una alta tasa de efectividad dado que logro detener el proceso de daño celular asociado a progeria y la síntesis de progerina en ratones a partir de la no producción de moléculas de Farnesil que son necesarias para la producción de progerina. Este nuevo tratamiento consiste en usar Solendronato de Pravastatina y un estimulante de la producción de laminina A que además es un inhibidor de la farnesil transferasa mas sin embargo, es un total secreto dicho medicamento, pues en dado caso que muestre efectividad en humanos su costo y el reconocimiento para aquel que lo desarrolle será enorme. La pravastatina es un medicamento usado para el control de la hiperlipidemia que en este caso tendrá una acción de protección de endotelio y prevención de daño celular por alteración en el flujo de colesterol, y el ácido solendronico tiene efecto protector sobre el hueso y ayuda en la prevención de fracturas patológicas por aumentar la absorción ósea de calcio y mantener cierto nivel de cohesión ósea y disminución de la remodelación del hueso. Dado el desorden hormonal se produce una osteopenia similar a la de la menopausia por tanto se necesitan usar suplementos de calcio.¹⁴

Un tratamiento que se ha denominado “casi milagroso” es el Lonafarnib que es un medicamento que en sus inicios fue desarrollado para el manejo del cáncer, pero que en una búsqueda desesperada por hallar el medicamento que fuese útil para la progeria y luego de múltiples investigaciones y de 6 años de ensayos clínicos con niños que padecen de esta enfermedad, se descubrió una altísima utilidad para enlentecer el proceso de la progeria. Su función principal es la inhibición de la síntesis de moléculas de Farnesilo, que es un aminoácido fundamental en la síntesis de progerina. Mas sin embargo es aún muy limitada la información que se tiene frente a este medicamento, dada su alta importancia y riesgo de que sea copiado, además a la poca información clínica que se tiene del mismo, a la poca claridad que hay frente al mecanismo de acción, a sus efectos adversos y a si mejorara o no la morbimortalidad de la progeria. Además este medicamento mostro en los pacientes con los que se ha ensayado mejoras en variables importantes de esta enfermedad. En conclusión se puede decir que el Lonafarnib es un medicamento que, según los ensayos clínicos, logra detener el proceso de envejecimiento en pacientes con progeria, a partir de la detención de la hiperproduccion de células defectuosas y con características progericas lo que hace el proceso de la enfermedad más lento, sin detener por completo su progreso.¹⁵

CONCLUSIONES

- ✓ La expectativa de vida para los pacientes con Progeria es de 13 años, con rangos entre 7 y 27 años, aunque ha sido descrito un paciente que falleció a los 45 años por un infarto del miocardio.
- ✓ Dentro de las causas de morbilidad en este cuadro se encuentran dificultades en el desarrollo, eventos cerebro vasculares, vértigo, cefaleas, necrosis avascular de la cabeza femoral y luxación de cadera.
- ✓ Pese a los adelantos médicos y tecnológicos en cirugía cardiovascular (cateterismos, bypass), no se ha logrado mejorar la sobrevida de estos pacientes, dada su alta tendencia a reformar las placas ateromatosas.
- ✓ La principal causa de muerte (75%) son los

trastornos

cardiovasculares dentro de los cuales se encuentran: el infarto de miocardio y la falla cardiaca congestiva. Otras causas de muerte son: desnutrición, inanición, convulsiones y trauma craneoencefálico.

- ✓ Es importante en estos pacientes, dado que no existe compromiso mental y además porque presentan cambios corporales y fisiopatológicos dramáticos, el apoyo psicológico así como de una adecuada red socio familiar.
- ✓ Después de descubrir el gen causante de la enfermedad y su funcionamiento, se ha propuesto un tratamiento con un tipo de droga anti cancerígena, inhibidora de la farnesyltransferasa (FTIs), se ha probado su eficacia en modelos con

ratones.38

- ✓ Los niños con Progeria fallecen de aterosclerosis (enfermedad del corazón) en una edad promedio de trece años (con un rango que ronda los 8 a 21 años).

BIBLIOGRAFÍA

¹ Damasco Crespo Santiago. Biogerontología. Laura Alonso García, Damasco Crespo Santiago. Editores. Cap. 6 El envejecimiento de los organismos: Modelos. 1 ed. Santander: servicio de publicación de la universidad de Cantabria; 2006. P. 157-161

² Victor A. McKusick. HUTCHINSON-GILFORD PROGERIA SYNDROME; HGPS #176670. 1986 Feb Mar [citado 31 Ago 2012]. Disponible

en:
<http://omim.org/entry/176670#contributors-shutter>

³ Progeria Research Foundation. Progeria 101/FAQ. How common is Progeria? 2012. Disponible en URL:<http://www.progeriaresearch.o>

[rg/progeria_101.html](http://www.progeriaresearch.org/progeria_101.html)

⁴ P K Sarkar, R A Shinton. Hutchinson-Guilford progeria síndrome. Rev. Postgraduate

Medical Journal. [revista en la Internet]. Submitted 19 June 2000. Accepted 29 August 2000. [citado 2012 Nov 17]. City Hospital NHS Trust, Birmingham, UK. Birmingham Heartlands

Hospital.

Disponible

en:<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1742040/pdf/v077p00312.pdf>

⁵ Pardo V. Rosa Andrea, Castillo T Silvia. Progeria. Rev. chil. pediatr. [revista en la Internet].

2002 Ene [citado 2012 Nov 21]; 73(1):5-8. Disponible en:

[http://www.scielo.cl/scielo.php?scri](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062002000100002&lng=es)

[pt=sci_arttext&pid=S0370-41062002000100002&lng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062002000100002&lng=es). doi:

10.4067/S0370-41062002000100002

⁶ Gordon L, Brown T, Collins F. Hutchinson-Gilford Progeria Syndrome. GeneReviews.

2011 Enero 6; Cited in PubMed; PMID 20301300

⁷ Progeria Research Foundation. Progeria 101/FAQ[internet]. [Consultado 2012 Noviembre 09]. Disponible en: http://www.progeriaresearch.org/progeria_101.html

⁸ Musich P, Zou Y. Genomic instability and DNA damage responses in progeria arising from defective maturation of prelamin A. *Aging*. 2009 Enero; 1 (1): 28-37. Cited in PubMed; PMID 19851476

⁹ Genetics Home Reference. Hutchinson-Gilford progeria syndrome [internet]. [Consultado 2012 Octubre 20]. Disponible en: <http://ghr.nlm.nih.gov/condition/hutchinson-gilford-progeria-syndrome>

¹⁰ Kubben N, Voncken J, Demmers J, Calis C, Van Alphen G, Yigal Pinto, et al. Identification

of differential protein interactors of lamin A and progerin. *Nucleus*. 2010

Noviembre/Diciembre, 1 (6): 513-525 Cited in PubMed: PMC3027055

¹¹ Kelley J, Data S, Snow C, Chatterjee M, Ni L, Spencer A, et al. The Detective Nuclear

Lamina in Hutchinson-Gilford

Progeria Syndrome Disrupts the Nucleocytoplasmic Ran Gradient and Inhibits Nuclear Localization of Ubc9. *Molecular and Cellular Biology*. 2011 Agosto. Vol 31 No 16 p. 3378-3395 American Society for Microbiology

¹² Merideth M. Phenotype and Course of Hutchinson-Gilford Progeria Syndrome. *Rev. N*

Engl J Med. 2008 February 7. 7; 358(6): 592-604. Cited in PubMed: PMC2940940

¹³ Pardo V, Rosa Andrea, Castillo T Silvia. Progeria. *Rev. chil. pediatr.*

[revista en la Internet]. 2002 Ene [citado 2012 Nov 22]; 73(1): 5-8.

Disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062002000100002&lng=es. doi: 10.4067/S0370-

41062002000100002. Pardo V, Rosa Andrea, Castillo T Silvia. Progeria. *Rev. chil. pediatr.* [revista en la Internet]. 2002 Ene [citado 2012

No17]; 73(1): 5-8.

Disponible

en:

[http://www.scielo.cl/scielo.php?scri
pt=sci_arttext&pid=S0370-
41062002000100002&lng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062002000100002&lng=es) . doi:
10.4067/S0370-
41062002000100002.

¹⁴ Gordon LB, Brown WT, Collins FS, Hutchinson-Gilford Progeria Syndrome. 2003 Dec 12

[Updated 2011 Jan 6]. In: Pagon RA, Bird TD, Dolan CR, et al., editors. GeneReviews™ [Internet]. Seattle (WA): University of Washington, Seattle; 1993-. Disponible en: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1121/>

¹⁵ Pardo V, Rosa Andrea, Castillo T Silvia. Progeria. Rev. chil. pediatr. [revista en la Internet].

2002 Ene [citado 2
012 Nov 22] ;

73(1):5-

Disponible e

8.

n:

[http://www.scielo.cl/scielo.php?scri
pt=sci_arttext&pid=S0370-
41062002000100002&lng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062002000100002&lng=es) . doi:
10.4067/S0370-
41062002000100002

ANÁLISIS DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL

Hugo Daniel Ortiz Venegas¹²⁶

RESUMEN

La adopción del estado de cosas inconstitucional por parte de la corte constitucional colombiana, pretendió mitigar la transgresión masiva y sistemática de los derechos fundamentales, sin embargo, esta institución jurisprudencial desencadenó algunos efectos colaterales no previstos, entre estos una aparente infracción sobre la garantía del debido proceso; ante eso, mediante esta investigación se pretende realizar un análisis de las implicaciones procesales que conlleva la declaración del (ECI) por la Corte constitucional, debido a que estas atribuciones emitidas por el juez, desborda y desdibuja la acción constitucional en su naturaleza procesal, como exceso del Activismo judicial.

Con base en lo anterior el presente trabajo está organizado en cuatro partes, en la primera se ofrece un contexto general sobre la acción de tutela, analizándose y describiéndose el desarrollo que esta ha tenido a lo largo de la historia, en la segunda parte se tratan las situaciones en específico donde se ha declarado el ECI realizando un análisis de los pronunciamientos que nuestra máxima

autoridad constitucional ha proferido, posteriormente se analizará el ECI como instrumento de protección de Derechos Fundamentales en el marco del Estado Constitucional, Finalmente, se establecerá la acción de tutela como modelo de resolución de casos concretos y casos estructurales y como a partir de ellos la tutela sirve para resolver casos estructurales, realizando para ello una distinción sustancial entre el proceso y procedimiento conforme al Derecho Procesal, para circunscribir posteriormente a la acción de tutela como un proceso o un procedimiento, conforme al Decreto 2591 de 1991, para determinar así la incidencia del ECI en la jurisprudencia de la corte constitucional, así como el nivel de cumplimiento de las órdenes dadas por la corte con la finalidad de superar el ECI.

En conclusión, mediante esta investigación se logró comprobar que si bien es cierto, que la incorporación de esta institución al ordenamiento jurídico colombiano fue una de las innovaciones más importantes del constitucionalismo contemporáneo y la jurisprudencia nacional, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales ante

¹²⁶ Abogado de la Universidad Libre, doctor honoris causa Universidad autónoma Ica, doctorando UNR, magister Derecho Administrativo, Especialista Derecho Penal y Criminología y Derecho Administrativo Pontificia Universidad Javeriana, docente ocasional tiempo completo de la Escuela

Superior de Administración Pública ESAP territorial Huila, Caquetá y bajo Putumayo, Líder y miembro del grupo de investigación EPOS SURCOLOMBIANO.

la fragante y sistemática violación que se venía presentando, también lo es, que esto generó algunos efectos negativos, pues la inminente presencia de vacíos legales e inconsistencias de la misma corte constitucional en sus pronunciamientos ha desencadenado un ostensible menoscabo sobre el derecho fundamental al debido proceso, puesto que, no solo se han modificado los efectos normales de la jurisprudencia, sino que también, se han desatado una serie de actos que ilustran la extralimitación de sus funciones y la vulneración del debido proceso, así mismo se observa un bajo nivel de cumplimiento de las órdenes adoptadas por la corte a través del estado de cosas inconstitucional (ECI), pese a la amplia y extralimitada tarea de revisión que viene realizando esta corporación, poniendo en duda la funcionalidad que hasta ahora ha

ABSTRACT

The adoption of the unconstitutional state of affairs by the Colombian constitutional court, sought to mitigate the massive and systematic violation of fundamental rights, however, this jurisprudential institution unleashed some unforeseen collateral effects, among these an apparent infringement on the guarantee of due process; In view of this, through this investigation it is intended to carry out an analysis of the procedural implications that the declaration of the (ECI) by the Constitutional Court entails, because these attributions issued by the judge, overflow and blur the constitutional action in its procedural nature, as an excess of judicial activism.

Based on the foregoing, this work is organized in four parts, the first offers a general context on the protection action, analyzing and describing the development that this has had throughout history, the second part will deal with the specific situations where an analysis

tenido esta institución dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Emergiendo ante estos alarmantes resultados, la necesidad de modificar la concepción del estado de cosas inconstitucional que hasta ahora se ha colegido, por un procedimiento debidamente regulado, que cuente con mecanismos coercitivos que permitan generar la eficiencia y eficacia que se pretende, que limite la facultad de fallar extra o ultrapetita y que se haga una distribución proporcional de la carga de la prueba, lo que acaecería sobre este mecanismo una íntegra aceptación.

PALABRAS CLAVES

Estado de cosas inconstitucional (ECI), Derechos, Acción de tutela, Corte constitucional, Proceso, Procedimiento, Neoconstitucionalismo, sentencias.

is made of the different pronouncements that our highest constitutional authority has issued, in this part the circumstances that have merited the ECI declaration will be addressed one by one, later the ECI will be analyzed as an instrument for the protection of Rights Fundamental within the framework of the Constitutional State, Finally, the protection action will be established as a model for the resolution of specific cases and structural cases and how, based on them, the guardianship serves to solve structural cases, making a substantial distinction between the process and procedure in accordance with Procedural Law, to subsequently circumscribe the action of guardianship as a process or a procedure, in accordance with Decree 2591 of 1991, to thus determine the incidence of the ECI in the jurisprudence of the constitutional court, as well as the level of compliance with the orders given by the court in order to overcome the ECI .

In conclusion, through this investigation it was found that, although it is true, that the incorporation of this institution into the Colombian legal system was one of the most important innovations of contemporary constitutionalism and national jurisprudence, as a mechanism for the protection of fundamental rights before the Fragrant and systematic violation that had been presented, it is also true that this generated some negative effects, since the imminent presence of legal loopholes and inconsistencies of the constitutional court itself in its pronouncements has unleashed an ostensible impairment of the fundamental right to due process, since, not only have the normal effects of jurisprudence been modified, but also, a series of acts have been unleashed that illustrate the excess of their functions and the violation of due process, likewise, a low level of compliance with purchase orders by the court throughout the Unconstitutional state of affairs (ECI), despite the extensive and over-limited review task that this corporation has

INTRODUCCIÓN

Con la aparición del Neo-constitucionalismo durante la mitad del siglo XX, influenciando de manera trascendental a muchos países para la aplicación de esta tendencia en su ordenamiento jurídico y así superar el Estado de Derecho y lograr materializar el Estado de Derecho Constitucional, otorgando supremacía a la Constitución sobre las leyes.

En la búsqueda de la protección de los derechos fundamentales que son la consigna

been carrying out, casting doubt on the role that this institution has had so far within the Colombian legal system.

Emerging before these alarming results, the need to modify the conception of the unconstitutional state of affairs that until now has been collected, through a duly regulated procedure, that has coercive mechanisms that will generate the efficiency and effectiveness that is intended, that limits the power to fail extra or ultrapetite and to make a proportional distribution of the burden of proof, which would happen on this mechanism an integral acceptance.

KEY WORDS

Unconstitutional state of affairs (ECI), Rights, Guardianship action, Constitutional Court, Process, Procedure, Neoconstitutionalism, sentences.

más importante de la Constitución, se han dispuesto varios mecanismos para su eficaz disfrute, tales como “la acción de inconstitucional, acción de grupo, acción popular, la acción de tutela”, siendo ésta última la idónea para lograr el fin de este constitucionalismo.

Durante el camino de transformación al Estado Constitucional, se han presentado dificultades para llevar a cabo la defensa de los derechos, siendo la falla estructural una de las causas principales, presentándose una vulneración

masiva de estos, desmejorando las condiciones de vida de la población, acarreado no solo la violación de un derecho, sino todos aquellos que tengan conexidad.

Debido a las graves circunstancias, la población afectada en busca del amparo de sus mínimos derechos constitucionales, ha encontrado en la acción de tutela la solución de sus problemas debido a su fácil acceso y su expedita respuesta, pero con la nefasta consecuencia de generar un congestionamiento en el sistema judicial, lo que ha ocasionado que de manera oficiosa la Corte Constitucional declare el Estado de Cosas Inconstitucionales, que principalmente busca la solución de los casos estructurales.

Se puede decir que la tutela es el resultado del Estado de Cosas Inconstitucionales, pero lo que se quiere estudiar son las implicaciones procesales que conlleva la declaración del (ECI) por la Corte constitucional, debido a que estas atribuciones emitidas por el juez, desborda y desdibuja la acción constitucional en su naturaleza procesal, como exceso del Activismo judicial.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Antes de incorporarse la acción de tutela en el ordenamiento jurídico de Colombia, se dieron a lo largo de la historia grandes avances para lograr la transformación de la Constitución Nacional, iniciando en 1810, cuando esta constitución se enfocó en Cánones, gozando la Religión Católica de gran poder político y jurídico, seguido por la constitución de 1811, donde predominó el conservatismo de las leyes, pero en su gran mayoría de tipo agrario, en este mismo año tuvo otra modificación, agregando los derechos y deberes del hombre en la sociedad y la forma de gobierno sería establecida por el Congreso de la República. En 1812 la constitución garantizó a todos los ciudadanos su libertad, igualdad, seguridad y propiedad, es decir un Estado más liberal; seguido en 1821 donde se acabó con la inquisición y se hicieron reformas respecto a los obispos y bienes de la iglesia, el Estado se consideró popular y representativo. La siguiente modificación fue en el año 1830, donde en nombre de Dios era el supremo legislador del universo, el 1832 se consideró el Estado de los Granadinos, 1843 se refuerza los poderes presidenciales y en 1853 se considera país descentralizado.

Previamente a la Constitución de 1991 y expuestos a la necesidad de una herramienta ágil y eficaz que amparara los derechos fundamentales con el que acarrea la implementación del nuevo modelo de Estado social de derecho, la Asamblea Nacional

Constituyente incorporó a través de varios proyectos que alimentaron la configuración de este innovador mecanismo denominado acción de tutela.

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, esta acción fue regulada por el decreto ley número 2591, de noviembre 19 de 1991. Este mecanismo cuyo objetivo principal es la protección de los derechos fundamentales, se estipuló además para llenar los vacíos de protección que subsistan y no como una herramienta alternativa frente a derechos cuyo amparo ya se encuentra regulado por otro mecanismo, salvo cuando se busque evitar un perjuicio irremediable. Además de brindar esa “protección”, subsidiariamente se da solución al problema de la vulneración a dicho derechos.

La Acción de Tutela es una herramienta judicial, la cual brinda accesibilidad y eficacia a los ciudadanos, este mecanismo en sus inicios fue exitoso debido a que este elemento no necesita de tener un abogado para poder instaurarla, sino que cualquier ciudadano puede realizarla.

Por ello la característica principal de la acción de tutela es que *“quebranta la autonomía funcional de los jueces, obstruye el acceso a la administración de justicia, rompe la estructura descentralizada y autónoma de las distintas jurisdicciones, impide la preservación de un orden justo y afecta el interés general de la sociedad, además de lesionar en forma grave el principio de la cosa juzgada, inherente a los*

fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico”¹²⁷.

Sin embargo, con el paso del tiempo de estar reglamentada, el mecanismo de Acción de tutela no fue suficiente, debido a que su sistema y sus efectos *inter-partes* se estaban colapsando pues tan solo en el primer año de estar vigente ya se habían interpuesto más de 10.000 acciones de tutela, es así que para el año 1997 la Corte Constitucional declaró su primer Estado de cosas Inconstitucionales, que se generó exclusivamente para la protección de derechos fundamentales vulnerados masivamente.

Bajo el criterio de la Asamblea Constituyente en el cual se enfocaba en la dificultad de la materialización y el eficaz cumplimiento del Estado Social de Derecho, se instituye la Corte Constitucional cuya función a través de su jurisprudencia es la vigilancia del cumplimiento de lo establecido en la Constitución del 91, otorgándole un facultad adicional estipulada en el artículo 86 de la Constitución, donde se acredita al juez el deber de hacer cesar la vulneración de los derechos fundamentales a través de una orden que obliga a quien se le interpone la tutela, actúe o deje de hacerlo; por esta razón, la Corte realice otra interpretación de esta facultad en favor de garantizar la cesación de la vulneración masiva de los derechos que requieren de órdenes más complejas. Dadas estas facultades, la Corte a través de sus fallos ha

logrado afectar las políticas públicas, critica que se le cuestiona al extralimitarse en sus funciones que se le ha asignado al poder judicial en un Estado de derecho, sin que antes destaque la Corte que es atribución suya hacer de las medidas procesales, el mecanismo idóneo para que se cumpla la garantía de los derechos fundamentales y no solo cuando la violación de dichos derechos afecte la integridad individual, por el contrario, afecte a un conjunto de personas que evidencia la notoria contradicción frente a la Constitución.

Durante todos estos años en que se ha implementado la acción de tutela, ha servido también como transformación pacífica de la sociedad para contrariar la realidad que se vive frente a los derechos fundamentales

Pero frente al vacío de que existe en relación a la vulneración masiva de los derechos constitucionales, la Corte se atribuye la facultad de elaborar una tutela social para superar la violación masiva de derechos fundamentales de una población determinada que es generada por la incapacidad del Estado para proteger los actos contrarios a la Constitución, como es el caso de la sentencia T-025 de 2004, en donde la Corte declara el estado de cosas inconstitucionales por las circunstancias que enfrenta la población desplazada, ordenando al Gobierno de Colombia que genere políticas públicas que atienda las

¹²⁷ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-543, 01 de octubre de 1992

necesidades de la población víctima del desplazamiento forzado.

En conclusión, el objetivo del Estado de Cosas Inconstitucionales no era solamente solucionar un solo problema, sino que además buscaba expandir las decisiones a las demás personas afectadas, con el mismo problema y el mismo derecho fundamental vulnerado, teniendo efectos inter comunis.

La Corte Constitucional de Colombia ha declarado que el mecanismo de la acción de tutela tiene unas características importantes para que a través de ésta se pueda declarar el Estado de Cosas Inconstitucionales tales como:

- “1. La acción procesal parte de la existencia de una violación sistemática de los derechos fundamentales de un grupo de personas y por ende la orden judicial apunta a modificar un status quo injusto.
2. El proceso judicial involucra a un conjunto importante de autoridades públicas.
3. Los hechos expuestos guardan relación con políticas públicas.
4. Las sentencias no tienen solo efectos interpartes.
5. La Corte Suprema de Justicia conserva su competencia para vigilar el cumplimiento del fallo.
6. El juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación.

7. La finalidad del fallo judicial es garantizar la vigencia de unos principios constitucionales.”¹²⁸

Es así que la Corte Constitucional de Colombia se alejó del debido proceso y sus efectos *inter-partes*, y se enfocó en los efectos *inter-comunis*.

En Colombia se presentaban grandes cantidades de acciones de tutela con diferentes problemáticas, en casos concretos, como, por ejemplo, el sistema penitenciario, desplazamiento, pensión, sistema de seguridad, protección a la vida, entre otros.

Las anteriores problemáticas destacables para Colombia, se debían a que a estas personas se les consideraba en estado de extrema vulneración y que, por tanto, el Estado debía ejercer sus funciones para su protección. A través de la Corte Constitucional, el Estado de Colombia ha implementado acciones en busca de protección a toda la población para que por igual gocen de sus derechos fundamentales y de esta manera ha declarado en múltiples ocasiones el Estado de Cosas Inconstitucionales.

Por último, se puede determinar que con ocasión a la utilización de los ciudadanos de la acción de tutela y también de las declaradas jurisprudencias garantistas de la Corte Constitucional ha traído como consecuencia un cambio social, modernizando así poco a poco al Estado colombiano para lograr la

¹²⁸ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-1030 30 de octubre de 2003.

materialización eficaz de las tendencias del Neoconstitucionalismo.

TEMAS SOBRE LOS CUALES EXISTEN SENTENCIAS TIPO E.C.I

En nuestro ordenamiento jurídico el E.C.I ha sido declarado en ocho ocasiones por la Corte Constitucional,

1. Sentencia SU- 559 de 1997, por medio de ésta se declaró el primer Estado de Cosas Inconstitucional, debido a un grupo de 45 docentes del municipio de Bolívar que instauraron Acción de Tutela como mecanismo protector contra las autoridades municipales por la omisión a la afiliación al servicio prestacional a los docentes del magisterio, cuando a éstos se les descontaba de su sueldo lo equivalente al 5% para el pago de los aportes al Fondo de Prestaciones del Magisterio desconociendo su derecho a la salud y a la seguridad social, porque al no efectuarse el correspondiente pago no se encontraban afiliados. El municipio basó su argumento en que los recursos económicos estipulados no eran suficientes.

Conforme al estudio realizado por la Corte Constitucional se evidenció que se presentaba una irregularidad en cuanto a la seguridad social de los docentes por el incumplimiento de la obligación de afiliar a los educadores de los municipios. A partir de lo analizado por la Corte, se logra establecer que las fallas que ocasiona la vulneración de los derechos, no solo son atribuibles a la entidad que en principio se demandó en el proceso, sino que su causa

determinante es la deficiencia de la política del sistema educativo y por tanto se involucran todas las entidades y organismos que hagan parte de esa política. Y ordena a los municipios a iniciar trámites para que sean afiliados docentes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y ordena a estas autoridades competentes para que instauren medidas que eliminen las causas que genera el estado de cosas inconstitucional, otorgando un plazo de un año a partir de enero de 1998.

2. T – 068 de 1998, segunda declaración del Estado de Cosas Inconstitucional, en esta ocasión la discusión se centraba en el no pago por parte de la Caja Nacional de Previsión Social de las pensiones de vejez, pues había constituido un comportamiento de mora en la resolución de peticiones de reconocimiento y reliquidación de pensiones, vulnerando los derechos a la igualdad, a la seguridad social y a la salud, pero como principal, el derecho de petición.

Siendo evidente la vulneración masiva del derecho fundamental de petición, constituyéndose esta como la causa para declarar el estado de cosas inconstitucional que trae como consecuencia que exista una colaboración entre las ramas del poder público para lograr cumplir los fines del Estado Social de Derecho, ordenando que se crearan mecanismos administrativos que logran garantizar los derechos fundamentales y que agilicen la resolución de solicitudes de los pensionados.

Del caso en concreto se puede concluir referente al elemento que llevo a la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales fue el cuantitativo, es decir, en razón del gran número de peticiones que no fueron resueltas a los pensionados; y que, a diferencia de otras oportunidades, no se tuvo que configurar la pluralidad de entes accionados que fueran responsables de la violación masiva, pues en el presente caso solo la entidad Caja Nacional de Previsión Social es la responsable. Lo fundamental es la existencia de una gran cantidad de afectados frente a la vulneración de derechos fundamentales.

3. El Tercer Estado de Cosas Inconstitucional se presentó en el año 1998, por medio de la extrema violación de los derechos fundamentales de los presos en el sistema penitenciario, tales como: Vida digna, a la salud, la dignidad, la vida e integridad personal, derechos a la familia, al trabajo y a presunción de inocencia. Debido a las condiciones de hacinamiento, por la excesiva sobrepoblación existente en este lugar, como lo revela las estadísticas: En la cárcel la modelo, existen alrededor de 2.322 reclusos cuando la capacidad existente de la misma es por 1.758 reclusos, teniendo como índice el 47% de hacinamiento, por otro lado la Corte considera que el hacinamiento no solo un problema, sino que por medio de ella se designan problemáticas en otros factores como salud, higiene, convivencia.

Estas acciones de tutela conllevaron a la declaración de Estado de Cosas Inconstitucional. Toda vez que se presenta una violación masiva de los derechos fundamentales, la cual no se origina por la culpa exclusiva de la autoridad que se demanda, sino que para superar la violación masiva la Corte debió ordenar todas las instituciones oficiales competentes y evitar así que se congestione la administración judicial.

La Corte Constitucional ha mantenido que la problemática que se presenta en las cárceles no se soluciona con la edificación de nuevas instalaciones, sino que es de vital importancia una reforma criminal por parte del Estado, con el objetivo de que el recluso pueda resocializarse a pesar de que éste pierde ciertos derechos fundamentales al encontrarse detenido por producto de una sentencia judicial.

4. SU 250 de 1998, por medio de la cual se declara el cuarto Estado de Cosas Inconstitucional, debido a la omisión en la Convocatoria para el nombramiento de notarios públicos, lo cual resultó contrario al artículo 131 de la Constitución Política¹²⁹, por lo que la Corte Constitucional consideró razón suficiente para declarar el Estado de Cosas Inconstitucional.

La consideración de la Corte se enfoca en las razones de lograr la destitución del cargo de notario, la cual solo se puede realizar cuando a través de concurso se nombra a alguien más

¹²⁹ Constitución Política de Colombia, Artículo 131. "Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes

como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso..."

adelantado. En el caso concreto se evidencia una falta de cumplimiento de las normas, pues las autoridades encargadas omitieron por más de una década realizar convocatorias, omisión que contraria lo estipulado en el artículo 131 de la Constitución Nacional.

Esta declaración de Estado de Cosas Inconstitucional, se debe a un incumplimiento de una norma constitucional por parte del legislador y no se requiere que se cumplan los demás requisitos tales como una violación masiva de derechos fundamentales, ni se presenta una falla estructural. Este fallo pone en duda los requisitos indispensables que se deben cumplir para poder declarar el Estado de Cosas Inconstitucional.

5. Omisión en la protección de la vida de los defensores de Derechos Humanos, sentencia T- 590 de 1998, surge el quinto fallo que declara el Estado de Cosas Inconstitucional, debido a un defensor de derechos humanos que se encontraba recluido en la cárcel la modelo de Bogotá, aun cuando existían amenazas de muerte por su condición de defensor, situación por la que se solicitó el traslado al patio de máxima seguridad, dicha solicitud fue omitida, lo cual evidenció la negligencia por parte del Estado para adoptar medidas que busquen garantizar derechos de los defensores de derechos humanos, los cuales están consagrados en el artículo 95 de la Constitución nacional y además se encuentran amparados por tratados internacionales, pero pese a ello es una población vulnerable al estar expuestos a amenazas y cometiendo atentados contra su integridad y vida.

Bajo el entendido que el deber de la Corte Constitucional es superar la vulneración de los derechos fundamentales, se declara el Estado de Cosas Inconstitucional con el objetivo de evitar que se interpongan muchas tutelas.

6. Estado de Cosas Inconstitucional debido al desplazamiento forzado en Colombia por medio de la Sentencia T-025 de 2004, se declara como consecuencia de los años en guerra que ha vivido Colombia, generada por la presencia de las fuerzas armadas al margen de la ley en el conflicto armado, del cual ha surgido inoperancia por parte del Estado en la seguridad y ayuda a este tipo de población.

Por medio de acción de tutela, los accionantes buscaban una solución por la pobreza extrema al haber sido despojados de sus viviendas, alegando la escasa o tardía ayuda por parte del Estado. La Corte Constitucional dio dos tipos de órdenes: Unas de ejecución compleja, relacionadas con el ECI y dirigidas a “garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Estas órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplaza establezcan en un plazo prudencial y dentro de la órbita de sus competencias, además de los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de

atención a la población desplazada y órdenes de carácter simple, las cuales están dirigidas a responder las peticiones concretas de los actores en acciones de tutela, las cuales resultan compatibles con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional para la protección de los derechos de la población en situación de desplazamiento forzado.”¹³⁰ Además de estas órdenes, la Corte Constitucional ordenó que se le comunicara al Consejo Nacional de Atención Integral a la población desplazada de la declaración del ECI, en razón que esta, es la entidad encargada de garantizar el presupuesto que debe ser destinado a los programas de atención de esta población y de esta forma, poder superar la insuficiencia de recursos y las falencias de capacidad institucional.

7. Sentencia T-774 de 2015, donde la Corte Constitucional declara superado por primera vez el Estado de Cosas Inconstitucional frente a la vulneración de los derechos que presentaban a los usuarios de Colpensiones al momento de reclamar sus pensiones.

La Corte analizó el avance que hubo desde el momento que se profirió el Auto 110 de 2013, donde se evidencia un gran paso en el goce de las garantías constitucionales de los usuarios, ya que en octubre de 2013 las peticiones pensionales presentadas eran aproximadamente de 287. 238, reduciéndose en el 2015 a 21.329 y en el 2016 a 11.063.

La Corte dicta nuevas órdenes para los pocos casos que aún se le lesionan sus derechos fundamentales, y lograr así una efectiva superación del estado de cosas inconstitucionales tales como evitar conductas que conlleven nuevamente a la vulneración de los derechos de sus usuarios y evitar así que se instauren acciones de tutela, además adoptarse medidas necesarias para superar el menoscabo de los derechos.

8. Sentencia T-302 de 2017, por medio de esta sentencia la Corte Constitucional de Colombia reconoció la vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales como la salud, al agua potable, la alimentación y a la participación étnica que afecta a los niños, niñas wayuu y a un número significativo de personas en la Guajira por fallas en el funcionamiento de las entidades estatales, en respuesta a una acción de tutela interpuesta por el ciudadano Elson Rafael Rodríguez en el 2016 contra diferentes entidades del Estado, debido a la muerte de 266 menores en el departamento en los años 2015 al 2016, debido a causas relacionadas a la desnutrición, además por una prologada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones.

Esta ha sido la primera sentencia que declara un Estado de Cosas Inconstitucional con relación a los derechos de los niños en Colombia y específicamente en el caso de niños indígenas.

¹³⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sala tercera de Revisión de la Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, Expediente T-653010,

Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Por medio de esta sentencia, la Corte Constitucional establece la necesidad de crear un mecanismo especial de seguimiento y evaluación de políticas públicas para la superación de este estado de cosas inconstitucional, mecanismo el cual deberá involucrar no solo a las distintas entidades estatales y locales encargadas de garantizar los derechos fundamentales de los niños wayuu, sino también a autoridades indígenas y a organizaciones sociales. Además, fija unos objetivos mínimos que se deben buscar para salir de la crisis actual que incluyen el aumento de accesibilidad y calidad del agua, y una mejora en la calidad y cobertura de los programas de atención alimentaria.

ECI COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Se debe partir que el ECI es una extensión (tipo o categoría) de la acción de tutela, donde se pretende lograr la efectividad de los derechos fundamentales con base en la realidad, mas no en lo escrito por la norma.

En las acciones de tutela, se han evidenciado grandes vulneraciones a derechos fundamentales, violaciones masivas donde la Corte Constitucional respondió con un remedio constitucional, con lo cual se busca corregir la

negación de los derechos fundamentales, lo que da origen al llamado E.C.I.

El E.C.I se ha diseñado como un desarrollo de la acción de tutela, dada la gravedad y constante vulneración de los derechos humanos, además de la imposibilidad de su protección constitucional de grandes poblaciones, por medio de sentencias individuales, pero con efectos inter-comunis.

Como corolario, el ECI ha ido más allá de una simple *“manifestación judicial”*, constituyéndose como un conjunto de mandatos, que están encaminados a transformar un proceso, cuyo propósito es cerrar la brecha entre los derechos constitucionales y las violaciones sistemáticas.

LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MODELO DE RESOLUCIÓN DE CASOS CONCRETOS Y CASOS ESTRUCTURALES Y COMO A PARTIR DE ELLOS LA TUTELA SIRVE PARA RESOLVER CASOS ESTRUCTURALES

4.1. DISTINCIONES ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO CONFORME AL DERECHO PROCESAL

El proceso y procedimiento, aunque tienen mucha relación uno respecto al otro, se encierran cuestiones distintas, mediante la teoría general del proceso se desarrollan estas diferencias.

Por medio de doctrina José Ovalle Favela, estudioso del derecho procesal, se ha referido al procedimiento, así:

“Con cierta frecuencia, las expresiones, juicio, procedimiento y proceso se utilizan como sinónimos. Sin embargo, estas expresiones han correspondido a etapas diversas de la evolución del derecho y de la doctrina procesal... y, aunque con ellas aparentemente se designa el mismo fenómeno, de debe advertir que tienen un significado histórico, cultural y doctrinal diferente”.¹³¹

En su mayoría los autores coinciden en la distinción que se hace respecto de la una y la otra, pues consideran que el procedimiento surge del proceso, por lo que este para su desarrollo siempre debe contener un conjunto de aquellos, por lo que el activismo judicial se basa en un sistema inquisitivo.

En efecto, el juez constitucional no solamente se distingue por realizar ejercicios de compatibilidad normativa, sino que también conduce a ejercicios de valoración concreta de hechos y situaciones y el Garantismo procesal en un sistema dispositivo o acusatorio, sobre el cual *“Se confía a la actividad de las partes procesales”*, donde el juez debe garantizar efectivamente el debido proceso.

Hugo Alsina establece cuatro teorías, Por medio de las cuales se intenta encontrar la naturaleza jurídica del proceso, así:

“1) Teoría contractualista. Esta teoría tiene sus raíces en la figura de la *Litis contestatio*, donde supone la existencia de un acuerdo de voluntades entre las partes con las características de un contrato en el que se establecen los puntos litigiosos y del cual emana, al mismo tiempo, el poder decisorio del juez. **2) Teoría de la relación jurídica.** Oskar von Bulow fue su primer expositor y estableció que la ley se constituye en fuente de la que emanan derechos y obligaciones procesales para las partes y el juzgador, pues, como sostiene Alsina, la actividad de unas y otro está regulada por la ley. **3) Teoría de la situación jurídica,** la cual surge como una crítica a la teoría de la relación jurídica pues, en principio, niega a aquella. Su principal expositor es James Goldschmidt. Para este autor, el proceso no es una relación jurídica entre las partes, sino una situación jurídica derivada, a su vez, de un complejo de posibilidades, cargas, liberación, cargas y expectativas, que se atribuyen a los sujetos que en él intervienen. **4) Teoría de la pluralidad de relaciones”**.¹³²

¹³¹ Harla, UNAM. Teoría general del proceso. México. Pág.171

¹³² Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Parte general, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, Pág. 239

Por procedimiento se entiende: “*La sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior y se entiende por proceso, el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad según cierto procedimiento establecido por la ley*”.¹³³

Adolfo Alvarado Velloso, habla de unas diferencias importantes entre proceso y procedimiento. De la siguiente forma:

“El procedimiento es el género (aparece en todas las instancias) y el proceso es una especie de él (aparece solo en la acción procesal). Es decir que, el proceso es el procedimiento propio de la acción que se otorga para regular una relación dinámica entre tres personas. Quien insta, quien recibe el instar y aquél respecto de quien se insta”.

¹³⁴ Es decir, que todo proceso contiene un procedimiento; pero no ocurre lo mismo a la inversa, ¡NO TODO PROCEDIMIENTO CONSTITUYE UN PROCESO!

El proceso como institución, es una teoría, la cual se debe a los publicistas franceses Hauriou, Renard, Delos y Gurvich, lo que Jaime Guasp califica como una variante de la teoría de la relación jurídica. El proceso equivale a un

instituto, lo mismo que a una creación u organización, los procesos constituyen, se puede decir que: “*El proceso es una institución: un complejo de actos, un método, un modo de acción unitario, que ha sido regulado por el derecho a obtener un fin... pero a partir de ese instante comienzan los equívocos... Consideramos hoy nuestro deber de subrayar, a penas, que el vocablo institución solo puede ser utilizado en su primera acepción... que no excluye la concepción del proceso como una relación jurídica*”¹³⁵

La mayoría de autores coinciden en la distinción que se hace respecto a una figura y a otra, así, consideran que el procedimiento surge del proceso, en tanto que éste para su desenvolvimiento siempre debe contener un conjunto de aquellos.

4.2 ¿LA ACCIÓN DE TUTELA COMO UN PROCESO O UN PROCEDIMIENTO?

Conforme al Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario, la Corte Constitucional ha reiterado que se trata de un procedimiento judicial, específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; es decir que la acción de tutela no es una institución procesal alternativa o supletiva, ya que su propósito como lo establece

¹³³ Alvarado velloso, Adolfo. Lecciones del derecho procesal

¹³⁴ Alvarado velloso, Adolfo. Teoría General del proceso. Unidad 1 – Las nociones preliminares, segunda parte – Normativa procesal, Lección 3 – La

norma de contenido procesal. Academia virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales.

el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, es que el juez constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, dictando las órdenes que considere necesarias para salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de las personas que acudan por medio de esta vía excepcional, supletoria y sumaria, a la autoridad pública o al particular que con sus acciones u omisiones los amenacen lo vulneren.¹³⁶

El Decreto 2591 de 1991¹³⁷, se compone de XXI capítulos, para efectos de nuestra investigación nos enfocaremos en los siguientes capítulos:

✓ **Capítulo XIII – De la revisión de las sentencias de tutela**

Primero, la Secretaría General de la Corte Constitucional, deberá informar a los Magistrados que integran la sala, sobre las acciones de tutela que deberán someterse a consideración, para lo cual, debe contener con una reseña esquemática, donde tendrá como mínimo los siguientes datos: El número de radicación, la identificación de las partes y el derecho fundamental supuestamente vulnerado. Estos asuntos deben ser repartidos ante los magistrados de la Corte en forma rotativa y por orden alfabético de apellidos, quienes se integrarán para resolverlos en las respectivas salas de revisión.

A medida que se van repartiendo, se van formando las salas de revisión, una por cada reparto, así: El magistrado a quien corresponda alfabéticamente recibirlo, presidirá la sala conformada con los dos magistrados que le sigan en el orden. Se decide por mayoría absoluta y el magistrado disidente podrá salvar o aclarar su voto.

En caso de que exista un cambio de jurisprudencia, la Sala de Revisión deberá tomar medidas para que se disponga de un término razonable para tomar una decisión y además se deberá decretar la celebración de una audiencia pública, con la participación de personas, entidades nacionales y extranjeras convocadas para tal fin; mientras se toma la decisión sobre el cambio de jurisprudencia, se deberán suspender los términos de los respectivos procesos.

✓ **Capítulo XIV – Decreto y práctica de pruebas**

Respecto a este capítulo, tenemos el artículo 57: “Las pruebas en revisión de tutelas”, en donde si el magistrado sustanciador lo considera conveniente, decretará pruebas con miras en la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado, con el objetivo de allegar elementos de juicio relevantes.

4.3. ACTOS Y AUDIENCIAS DE SEGUIMIENTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA TIPO ECI

¹³⁶Acción de tutela y procedimiento. Compilación a manera de línea jurisprudencial realizada por el Dr. Ivan

Humberto Escruería Mayolo, relator de la Corte Constitucional.

¹³⁷ Corte Constitucional, Decreto 2591 de 1991

La Corte Constitucional, con miras de realizar el seguimiento a las acciones por parte del Estado creó dos mecanismos, entre los que se encuentran: Las audiencias públicas y los autos de seguimiento.

Los actos y audiencias de seguimiento del Estado de Cosas Inconstitucional se surten entre la Corte Constitucional, los órganos de control y la interventoría, que deberán rendir los respectivos informes y con la periodicidad establecida en el fallo. Las audiencias se realizan en las instalaciones del Palacio de Justicia de Bogotá y son transmitidas a través de la página web de la Corte Constitucional y se realizan inscripciones para las personas que quieran asistir.

Tenemos el Auto 613 de 2018, donde la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió convocar a audiencia pública, dentro del seguimiento que realiza la Corte Constitucional a las sentencias T-388 y T-762 de 2015, donde fue declarado el Estado de Cosas Inconstitucional, en razón de la vulneración masiva y generalizada de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en Colombia. Esta audiencia se desarrolla bajo cuatro ejes temáticos:

- Estado actual de la vida en reclusión en Colombia.
- Medidas contingentes o de choque para la garantía de los derechos

fundamentales de la población privada de la libertad.

- Estado de los cuatro bastiones del seguimiento.
- Coherencia en la política criminal.

En el mes de junio de 2017, la Sala Plena decidió unificar los seguimientos, por lo cual conformó la Sala Especial de Seguimiento al ECI penitenciario y carcelario. A través del auto 121 de 2018 se reorientó, entonces, la estrategia de seguimiento a partir de los mínimos constitucionales, por lo que se debe garantizar el derecho a la vida en reclusión, además de los temas definidos en cuanto a la infraestructura, resocialización, alimentación, salud, servicios públicos domiciliarios y acceso a la administración pública y a la justicia.

En el mismo orden de ideas, tenemos el seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, por medio de la cual se declaró el ECI en materia de desplazamiento forzado, en esta audiencia pública se tuvo como objetivo identificar, a través del dialogo con el Gobierno Nacional, las autoridades locales, los órganos de control, representantes de la población desplazada, sobre el estado actual de los avances, obstáculos y retos en garantía de los derechos de la población desplazada, la forma, el ritmo, las metas y los mecanismos a través de los cuales el Gobierno avanza en la garantía de los derechos de la población desplazada y en riesgo de desplazamiento, además se tuvo en cuenta dos enfoques temáticos: **1)** El contexto fáctico y las

dinámicas actuales de desplazamiento forzado a nivel regional y subregional, de la misma forma la respuesta institucional dispuesta a mitigar las situaciones de riesgo que afrontan las comunidades y que inciden en su desplazamiento. **2) Avances y resultados**, junto con los retos y condiciones necesarias para garantizar los derechos de la población desplazada considerando **i) La capacidad institucional, ii) La articulación entre los niveles de gobierno, iii) la capacidad presupuestal, iv) La incorporación del enfoque diferencial y, v) Las obligaciones constitucionales y legales en relación con la garantía de los derechos de la población desplazada.**

Frente al cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 se ha dictado múltiples actos de seguimiento cuya competencia es del tribunal constitucional, pues “se han emitido órdenes complejas, para cuya efectividad es necesario un permanente seguimiento y la adopción de nuevas determinaciones”¹³⁸; para lograr superar el Estado de Cosas Inconstitucionales. Igual sucede en el auto 177 de 2005, donde destaca los factores del retraso en el avance en la superación del estado de cosas inconstitucional, consisten en la precaria e insuficiente coordinación de los esfuerzos presupuestales de las entidades

territoriales y de la capacidad institucional nacional para evaluar los resultados alcanzados por ellas. Ya en el auto 178 de 2005 se constata “un incumplimiento, en distintos niveles por parte de los entes responsables, principalmente por falta de criterios de diferenciación de la población desplazada y población vulnerable; insuficiencia de recursos y; falta de desarrollo de capacidades administrativas, de coordinación y de seguimiento”.¹³⁹

La Corte Constitucional a través de sus diferentes pronunciamientos de autos, ha ordenado en razón de los desplazamientos, la protección también de los pueblos indígenas¹⁴⁰, adoptándose en el 2011 medidas cautelares para proteger la comunidad Awá¹⁴¹; a la población afrodescendientes¹⁴², inclusive en el año 2010 se dicta la orden de adoptar medidas cautelares para la protección de esta población¹⁴³, posteriormente en el año 2014 se profiere otro auto en donde se continua desconociendo sus derechos por parte de las autoridades públicas¹⁴⁴; y a personas con discapacidad¹⁴⁵.

En el auto 008 de 2009¹⁴⁶ se profiere que aún persiste el Estado de Cosas Inconstitucionales frente a la población desplazada debido al conflicto armado, pero ordenó al gobierno

¹³⁸ Corte Constitucional de Colombia; “Auto 256” de 2007.

¹³⁹ Corte Constitucional de Colombia; “Auto 178”, 29 de agosto de 2009.

¹⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia; “Auto 004”, 26 de enero de 2009.

¹⁴¹ Corte Constitucional de Colombia; “Auto 174”, 9 de agosto de 2011

¹⁴² Corte Constitucional de Colombia; “Auto 005”, 26 de enero de 2009.

¹⁴³ Corte Constitucional de Colombia; auto de 18 de mayo de 2010.

¹⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia; “Auto 073” 27 de marzo de 2014.

¹⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia; “Auto 006”, 26 de enero de 2009.

¹⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia; “Auto 008”, 26 de enero de 2009.

demostrar que ya se había superado tal ECI, también para que “cumpliera con la obligación de mantener en el presupuesto general de la nación un rubro exclusivo para la atención de la población desplazada.”¹⁴⁷

Es evidente que estas declaratorias del Estado de Cosas Inconstitucionales se podrían superar si en realidad se cumpliera lo ordenado por los jueces y en colaboración de la comunidad.

“Si bien la Corte Constitucional en su objeto de proteger a la población vulnerable ha logrado avances declarando tales situaciones como contrarias a la constitución, aún se requiere de un gran esfuerzo colectivo para aminorar en proporciones considerables las duras problemáticas que padecen los defensores de derechos humanos, población carcelaria y desplazados forzados.”¹⁴⁸

La rama judicial, en cabeza de la Corte Constitucional como se ha reiterado, se ha puesto en la tarea de proteger la Constitución y es por tal motivo, el empeño de ordenar medidas que busquen el amparo de los derechos fundamentales que se encuentran vulnerados en poblaciones determinadas, y aunque ya exista por parte de las autoridades nacionales e internacionales un reconocimiento de estas

violaciones, persiste contra las órdenes para su amparo; pero esta carga de proteger no solo la tiene los jueces, sino que debe haber un compromiso por parte de las autoridades públicas, que frente a deficiencia en la que se encuentra el Estado.

También se debe tener en cuenta que la dificultad en el cumplimiento de las órdenes de los jueces, en parte se debe porque éstas infieren en una inversión económica por parte del Estado y a las autoridades correspondientes a las cuales se les exige el compromiso de amparo, aducen que no hay recursos para cubrir las necesidades que evidencia el Estado de Cosas Inconstitucionales.

“La Corte Constitucional ha sido blanco de fuertes críticas, se ha aducido que sus órdenes “golpean el fisco”, frente a lo que compartiendo lo expresado por, el presidente del Consejo Superior de la Judicatura, Francisco Escobar Henríquez, si la autoridad judicial adopta una medida por vía de tutela, que implica de pronto ir más allá de lo que una norma tiene establecido y hacer un gasto para la satisfacción del derecho, eso quiere decir que la norma debe revisarse, pues de alguna manera está fallando en su deber de proteger a la comunidad.”¹⁴⁹

¹⁴⁷ Romero, Nicolás: *La doctrina del estado de cosas inconstitucionales en Colombia. Novedades del neocosntitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”*, S/L, 2012, p. 251.

¹⁴⁸ Quintero, Josefina [et al]: *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*, Colombia, 2011, p.77.

¹⁴⁹ Quintero, Josefina [et al]: *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*, Colombia, 2011, p.78.

Lo anterior nos demuestra que se va más allá de lo que implica la acción de tutela, defendiendo derechos vulnerados a una comunidad y generando de esta manera, para salvaguardar los mismo; un gasto presupuestal. Por tal motivo, se piensa que debería haber una revisión de la norma en que se consagra la medida, pues de ser el caso, podría modificarse para proteger en realidad a los más vulnerables y así satisfacer lo dicho en la Constitución.

Para finalizar, como lo considera Josefina Quintero, se debe implementar en principio, medidas que prevengan la violación de los derechos fundamentales de todos, para así evitar que la Corte Constitucional en algún momento declare el Estado contra con la Constitución y genere un gasto presupuestal para él mismo, incumpliendo así el deber de amparo de los principios Constitucionales.

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES A LOS QUE SE ENFRENTA LAS TUTELAS TIPO ECI?

Las sentencias tipo ECI se encargan específicamente de los problemas estructuralmente políticos, y teniendo en cuenta la Corte las funciones del Estado Social y Democrático de Derecho, se toma estos atributos de dictar una tutela tipo ECI en razón del control

del poder para darse el efectivo cumplimiento de la Constitución.

“Como se trata de enfrentar una falla generalizada del Estado, materializada en la ausencia o ineficacia de las políticas públicas para adecuarse a los postulados de la Carta Política, la Corte debe actuar so pena de permitir la inobservancia de la Constitución por la acción, la omisión o la inoperancia de los gobiernos, en la protección efectiva de los derechos humanos”¹⁵⁰.

Frente a estas problemáticas, necesita que el Estado sobrevenga una situación que le impida cumplir su obligación, como son los casos presupuestales, que el Estado no cuente con los recursos para cubrir esas necesidades de la población; otro ejemplo que se podría dar sería una paralización en el desarrollo de sus instituciones o agencias estatales. Por estas razones, se puede constatar que, al declarar el Estado de Cosas Inconstitucionales, sirve de ayuda para el Poder Ejecutivo, ya que se le brinda las disposiciones (a través de las decisiones del Poder Judicial) para que resuelva rápidamente los estancamientos gubernamentales; como también para poner en pie de marcha las políticas públicas. Se puede concretar la problemática en relación con el ECI:

“El estado de cosas inconstitucional reclama por la ineficiencia del gobierno, o los gobiernos,

¹⁵⁰ Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas: “Capítulo 6 Estado de

Cosas Inconstitucional (ECI) –Sentencia T- 025”, Colombia, pg. 5.

concretada en su ausencia o impertinencia para proteger los derechos fundamentales, por esto, este estado de anormalidad es un examen a las políticas públicas”¹⁵¹

Es muy representativo el caso de los desplazados ya que no se le da una cobertura eficaz y oportuna en la protección de los derechos de las víctimas, ya que se constata ausencia en el presupuesto para requerir a la solución del problema, además de otras circunstancias como: “la falta de responsables frente a los derechos de la población desplazada, la inocua coordinación del sistema nacional de atención de las víctimas, el estancamiento institucional en el tema y la ausencia del Estado ante la violación masiva de los derechos de la población despojada”¹⁵².

Se puede observar a través de las sentencias que han declarado el estado de cosas contrario a la Constitución cuales fueron las razones en cada caso concreto que llevaron a la Corte Constitucional a declarar un estado de cosas inconstitucional, se establece que a partir de la doctrina constitucional no ha mantenido un lineamiento exacto y así poder requerir dichos motivos, y a pesar de sus últimos intentos para unificar dicha doctrina, nada nos dice que la Corte Constitucional solo se vaya a adherir de los argumentos ya establecidos para declarar un estado de cosas inconstitucional a futuro.

CONCLUSIONES

Para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas más vulnerables, la Corte Constitucional a través de sentencias denominadas Estado de Cosas Inconstitucionales busca tales fines; las principales causas por las cuales se declara este tipo de sentencia se da en vista de los marcados problemas sociales que persisten en el país como son las fallas estructurales de las instituciones, y la única manera de superarlos es materializar las órdenes dadas a través del ECI.

En busca de la protección de la población vulnerable, la Corte Constitucional con sus declaraciones ha logrado pequeños avances como el de reconocer la vulnerabilidad de distintas poblaciones en el país que han sido abandonadas por los órganos encargados de su protección, pero aún se requiere de un gran esfuerzo colectivo para reducir las condiciones de desamparo de los defensores humanos, de la población carcelaria, de los desplazados forzados, de la comunidad Wayuu; como tomar decisiones dentro de las entidades para darle cumplimiento a los órdenes, encaminar los

¹⁵¹Entrevista Eduardo Cifuentes Muñoz, 16 de diciembre de 2010.

¹⁵²Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas: “Capítulo 6 Estado de Cosas

Inconstitucional (ECI) –Sentencia T- 025’, Colombia, pg. 6.

recursos para una eficiente distribución y lograr poco a poco el amparo de estas comunidades.

Internacionalmente también se ha reconocido la violación de sus derechos de estos grupos en Colombia, pero sin tener en cuenta esto y del esfuerzo que realiza la rama judicial, ya que como se indicó, se necesita de un compromiso por parte de los demás poderes públicos para poder superar el Estado de Cosas Inconstitucionales.

Se constata que las órdenes que emite la Corte Constitucional en las diversas situaciones en donde se declara la ECI deducen generalmente una inversión económica considerable y esta es una de las razones por las cuales se excusan las instituciones responsables para obedecerlas, haciendo caso omiso a ellas, pues alegan la carencia de recursos.

La Corte Constitucional ha sido criticada en aspectos por cuanto la tutela no es el mecanismo idóneo para amparar los derechos a ciertas comunidades vulneradas, puesto que esta ampara los derechos de las partes que la interponen, desconociendo el debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO, Sentencia SU – 599 DE 1997, Corte Constitucional Colombiana, 6 de noviembre de 1997. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-599->

MARTINEZ CABALLERO, ALEJANDRO, Sentencia T-068/1998, Corte Constitucional Colombiana, 5 de marzo de 1998, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>.

CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO, Sentencia T-153/1998, Corte Constitucional Colombiana, 28 de abril de 1998. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

MARTINEZ CABALLERO, ALEJANDRO, Sentencia SU-250/1998, Corte Constitucional Colombiana, 26 de mayo de 1998. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>

MORÓN DÍAZ, FABIO, Sentencia T-289/1998, Corte Constitucional Colombiana, 9 de junio de 1998, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm>

MARTINEZ CABALLERO, ALEJANDRO, Sentencia T-590/1998, Corte Constitucional Colombiana, 20 de octubre de 1998. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>

NARANJO MESA, VLADIMIRO, Sentencia T-559/1998, Corte Constitucional Colombiana, 6 de octubre de 1998. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-559-98.htm>

CÉPENA ESPINOSA, MANUEL, Sentencia T-025/2004, Corte Constitucional Colombiana, 22 de enero de 2004. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-559-98.htm>

GOZAÍNI, OSVALDO, El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional, 2002, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/5647/7374>

GARCÍA MALGAREJO, FLAVIA, Activismo judicial y garantismo procesal jurisdiccionales a la luz del debido proceso, 2006, http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal_FLAVIA_GARCIA_MEL.pdf

CASTILLO CÓRDOVA, LUIS, Debido proceso y tutela jurisdiccional, Lima, 2013, https://pirhua.udel.edu.pe/bitstream/handle/11042/2132/Debido_proceso_tutela_jurisdiccional.pdf?sequence=1&isAllowed=y

El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de
CHAVES VILLADA, JAIME EDUARDO, contratos estatales, 2015, https://www.researchgate.net/publication/286510364_EL_DESARROLLO_DEL_DEBIDO_PROCESO_EN_LAS_ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS_PARA_LA_FORMACION_DE_CONTRATOS_ESTATALES

CABALLERO, JACKELIN, El estado de cosas inconstitucional en Colombia, 2015, <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/34505/SaraviaCaballeroJackelineCecilia2015.pdf?sequence=3>

CÁRDENAS, BLANCA, Del estado de cosas inconstitucionales (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva, 2016, <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/567>

GÓMEZ RAMIREZ, MATEO, El estado de cosas inconstitucional análisis de los motivos de la corte constitucional para su declaratoria, 2010, <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/83/TRABAJO%20DE%20GRADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

RAMIREZ HUARTO, BEATRIZ MAYLING, El estado de cosas inconstitucionales y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana, 2013, https://www.researchgate.net/publication/331669839_El_estado_de_cosas_inconstitucional_y_sus_posibilidades_como_herramienta_para_el_litigio_estrategico_de_derecho_publico_Una_mirada_a_la_jurisprudencia_colombiana_y_peruana

FERRER ARROYO, JAVIER, El debido proceso desde la perspectiva de la corte interamericana de derechos humanos, 2014, https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf

SALAS VEGA, MILAN, La universalidad del debido proceso en todas las instancias del estado como expresión del desarrollo del estado constitucional de derecho, 2018, <http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/2692>

FEIJOU CAMBIASSO, RAUL, El estado de cosas inconstitucional como instrumento de cambio social, 2019, <https://pucp.academia.edu/RAULHUMBERTOFEIJOCAMBIASSO>

VELLOSO ALVARADO, ADOLFO, El garantismo Procesal, Universidad Nacional del Rosario, 2015, [file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/Dialnet-ElGarantismoProcesal-5028454%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/Dialnet-ElGarantismoProcesal-5028454%20(2).pdf)

VELLOSO ALVARADO, ADOLFO, Garantismo Procesal, Editorial Adru, 2011, <http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/EL%20GARANTISMO%20PROCESAL%20-%20ADOLFO%20ALVARADO%20VELLOS O.pdf>

Pautas para colaboradores

La Revista Academos Sociedad y Ciencias Aplicadas es una publicación semestral. El contenido, de acuerdo con los objetivos y su carácter científico, incluye artículos de investigación, reflexión, revisión, análisis, estudio de casos e investigación doctrinal, entre otros.

Al enviar sus colaboraciones deben tener en cuenta los siguientes requisitos:

a) Todo artículo enviado debe ser resultado de una investigación científica, ser original o inédito y no estar postulado para publicación simultánea en otras revistas u órganos editoriales. El autor o autores garantizan esta condición en el documento cesión de derechos. b) Todo original será sometido a un proceso de revisión y dictamen, así: • Una primera valoración por parte de los delegados de los comités Editorial y Científico, con el fin de evaluar el contenido y el cumplimiento de las normas de publicación. • Una segunda evaluación por parte de un par académico (modalidad ciego), quien en su condición de experto determinará la originalidad, calidad y pertinencia del contenido y emitirá el dictamen correspondiente. • La decisión final de publicación o de rechazo se comunicará al autor en un plazo máximo de tres meses.

c) La revista se reserva el derecho de: 1) publicar en medio electrónico las colaboraciones recibidas, con el propósito de divulgarlas a la comunidad académica y científica nacional e internacional, directamente o a través de intermediarios;

b) solicitar modificaciones y decidir si el material se publica totalmente, por entregas o solo un extracto.

d) Introducir las modificaciones de forma necesarias para adecuar el texto a las normas y estilo de la revista. Exigencias formales de los artículos

1. El artículo deberá contener: a. Título: corto y específico. b. Resumen bibliográfico del autor(es): Nombre(s) y apellido(s), profesión, estudios de pregrado y universidad, estudios de posgrado y universidad, cargo profesional o académico actual, institución a la que está(n) adscrito(s) y correo electrónico. c. Categoría del trabajo de investigación: resultado de investigación, artículo de reflexión, ponencia, conferencia, por ejemplo. d. Nombre del proyecto de investigación del cual proviene el escrito. e. Sumario (contenido): máximo cuatro niveles de titulación. f. Resumen no mayor de 120 palabras, pero que abarque el contenido del artículo. g. Abstract o traducción del resumen al inglés. h. Palabras clave (máximo 10) que den una idea de los temas fundamentales que aborda el artículo, en español y en inglés. i. Metodología de investigación. j. Introducción (no se numera). k. Cuerpo del trabajo: presenta el contenido de acuerdo con los niveles de titulación enunciados en el sumario. l. Resultados. m. Conclusiones. n. Referencias: listar en estricto orden alfabético del primer apellido del autor únicamente las obras citadas en el texto. o. Notas de pie de página: deberán usarse solo para aclaraciones, no para referencias bibliográficas. p. Bibliografía: si se incluye, esta deberá corresponder a obras que el autor recomienda a los interesados en profundizar sobre el tema.

NOTA: las citas, notas de pie de página y referencias bibliográficas deben ser precisas, completas y atenderlo establecido por la American Psychological Association – APA– en su Manual de estilo. <http://www.apastyle.org/faqs.html>
<http://www.apastyle.org/previoustips.html>

2. Reglas de presentación a. El texto debe presentarse en Word, fuente Times New Rom 12, interlineado sencillo; formato carta, márgenes de 30 mm en los cuatro bordes y numerado en la parte superior derecha. b. Las tablas y gráficos que se incluyan deberán numerarse secuencialmente, tener el título correspondiente, la fuente (si son elaboración propia o en su defecto, indicar la fuente de donde se tomaron) y enviarlas en archivo aparte en el programa original en que fueron elaboradas. Es responsabilidad del autor conseguir los permisos o cancelar los derechos de autor de las imágenes (fotografías, figuras, etc.) que incluya en el artículo y que no sean de su autoría. 3. Envío Todos los trabajos deben remitirse a la editora de la publicación junto con el formato de cesión de derechos totalmente diligenciado, que se incluye al final de estos lineamientos. Vía correo electrónico:

grupoeditorialgesas@gmail.com

Revista Academos Sociedad y Ciencias Aplicadas. Calle 7 N° 6-58 Of 104 Neiva-Huila. Mayor información: 3103367183