

ISSN: 2357 - 5247

CONTACTO IUS

Jurisdicción Contencioso Administrativa del Quindío

Octubre/2024 - EDICIÓN: 12



CONTACTO IUS 12

Armenia, Quindío, octubre de 2024

Las opiniones expresadas en esta publicación son responsabilidad exclusiva de sus autores y no compromete la posición de la jurisdicción administrativa del Quindío.

Director	Luis Javier Rosero Villota
Consejo Editorial	Luis Javier Rosero Villota Claudia Milena Vélez Ortiz
Corrector de Estilo	Jesús David Caicedo Castrillón Daniel Gómez Clavijo
Diseño y diagramación	Yony Alejandro Cortaza Rodríguez
Fotografía	Yony Alejandro Cortaza Rodríguez

CONTENIDO

EDITORIAL

ARGUMENTANDO ACERCA DE LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS	9
-----------------------------------------------------------------	---

J.J. MORESO

ESTRATEGIA DE IA EN EL MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA	42
--------------------------------------------------------------------	----

ANTONIO MANUEL PAREDES TORRES

EL FUERO POLÍTICO EN MÉXICO Y COLOMBIA: UN ANÁLISIS COMPARATIVO	50
----------------------------------------------------------------------------	----

CELINA HERNÁNDEZ ARMENTA

SESGOS COGNITIVOS EN RESOLUCIONES JUDICIALES, JURISDICCIONALES Y ADMINISTRATIVAS	72
-------------------------------------------------------------------------------------------------	----

FRANCISCO ROSENDO OLIVARES

COMPLEJIDAD, GOBERNABILIDAD Y POLÍTICA EN EL ESTADO COLOMBIANO	85
---------------------------------------------------------------------------	----

JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ PÉREZ

EL DEBER SER: MÁS ALLÁ DE LA SANCIÓN LEGAL. UN ESTUDIO DE CASO	99
BENITO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ	
LA IMPORTANCIA DEL DERECHO BURSÁTIL PARA LA NUEVA ECONOMÍA VERDE	106
MICHEL F. ELLIS QUIROZ	
LA TRAVESÍA DE LA JUSTICIA	118
HERNANDO PEÑA SALGUERO	
JUECES VS PUEBLO	
CONSTITUCIONALISMO POPULISTA	142
LILIANA DEL ROCIO OJEDA INSUASTY	
EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y LA PRÁCTICA DE LA MALA FE EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	176
LUIS JAVIER ROSERO VILLOTA	

EDITORIAL

En la decimosegunda edición de la Revista Contacto Ius, el Tribunal Administrativo del Quindío se complace en construir un puente entre diversas versiones de temas jurídicos vigentes, tratados en España, México, Costa Rica y Colombia.

En esta oportunidad, en efecto, ensayos desde la óptica del derecho constitucional, el derecho administrativo y la filosofía del derecho se recogen en sus páginas, provenientes de geografías disímiles, pero con aspiraciones similares.

Para empezar, y tal como lo prometió el maestro español José Juan Moreso en la edición anterior, él nos comparte ahora un escrito acerca de la argumentación en torno a los conflictos de derecho, mostrando que, en un principio, hay dos posiciones extremas: el enfoque subsuntivo y el enfoque particularista, sin perjuicio de identificar otras opciones entre ellos. Así, a partir de lo señalado, y haciendo alusión a cuatro casos concretos, el maestro ofrece un valioso estudio argumentativo para resolver conflictos de la naturaleza indicada, haciendo una crítica consistente a la ponderación manejada por Robert Alexi.

En lo que atañe al uso de la inteligencia artificial (IA), un experto en el tema nos comparte su experiencia en la implementación de tal herramienta en el sistema judicial español, destacando que aquella está llamada a transformar la manera de administrar justicia en el mundo entero.

Posteriormente, se incorpora un análisis comparativo acerca del fuero político en el ámbito mexicano y colombiano, mostrando en detalle que, en ninguno de los dos países esa figura ha ofrecido buenos resultados, dada la impunidad que genera para los investigados.

Enseguida aparece un estudio acerca de los sesgos que influyen en las decisiones administrativas y jurisdiccionales. Allí se anuncia la necesidad de incluir la formación continua en la identificación y mitigación de sesgos, la promoción de una cultura de deliberación estructurada y la implementación de mecanismos de transparencia, para evitar la influencia de ellos en las decisiones.

Se pasa luego a estructurar una mirada acerca de la viabilidad del Estado colombiano frente a la complejidad que implica su gobernabilidad. Se hace un estudio de cuatro estamentos históricos importantes en el desarrollo de la sociedad colombiana, para concluir, entre otras cosas, que, a fin de avanzar, deben fortalecerse los procesos democráticos no solo potenciando la participación ciudadana, sino también, generando mayor cohesión social.

Desde México, se estudia el carácter que tiene el “deber ser” complementado con la visión de un caso concreto, relacionado con una persona normal que se esfuerza por cumplir los parámetros sociales que exige la comunidad, destacándose que la angustia por no complacer lo suficiente a los demás, desencadena una ira hacia sí mismo y, una impotencia altruista para encarnar un-ser-exitoso.

Proveniente de Costa Rica, la autora propone una revisión del derecho bursátil, para determinar cómo es que esto influye sobre las economías verdes. En su criterio, el derecho bursátil y la educación son las herramientas que abren las puertas para incentivar tanto la economía global como la calidad de vida de las personas.

El camino seguido por Colombia a través de la JEP (Justicia Especial para la Paz), se aborda como una *travesía* que ha estado plagada de inconvenientes y sin sabores, pero que, en criterio del autor, ha respondido en gran parte a las expectativas que se tenían sobre ese tribunal de justicia para consolidar el proceso de paz. Esto sin desconocer el papel importante que ha tenido la sociedad civil, a través de

organizaciones no gubernamentales, en procura de reforzar tan arduo proceso.

Respecto al derecho constitucional, se aborda la temática actual del llamado *constitucionalismo popular*, sentando las bases de su reconocimiento y haciendo una crítica respecto a su eficacia y futuro, reivindicando el papel del pueblo en la interpretación constitucional y poniendo en tela de juicio, inclusive, el papel que cumplen las cortes constitucionales, como organismos de expertos, pero ajenos al verdadero interés popular.

Para terminar, se expone un ensayo del suscrito director de la revista, relacionado con el principio de buena fe. Ello en procura, simplemente, de compartir un punto de vista personal acerca de la preponderancia que ha alcanzado la mala fe en la práctica jurídica y social, respecto del principio antagónico (buena fe), previsto desde la propia *Carta Magna* de 1991.

De esta manera, la revista trata de cumplir sus objetivos, adornada, en esta ocasión, con escenarios pintorescos de los parques centrales que dominan los espacios territoriales de los municipios del Departamento del Quindío. Sin perjuicio, desde luego, que el ejemplar de la edición también se pueda consultar en la misma página del Tribunal, en formato pdf.

ARGUMENTANDO ACERCA DE LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS

J.J. MORESO¹

ARGUING ABOUT CONFLICTS BETWEEN RIGHTS

Resumen

En este trabajo se analiza la cuestión de la colisión entre principios constitucionales que reconocen derechos básicos. Se muestra que hay

¹ email: josejuan.moreso@upf.edu, <https://orcid.org/0000-0003-2702-569X>

El ancestro de un texto similar a este fue presentado en el *Primer Coloquio Hispano-Mexicano de Filosofía del Derecho: la interpretación y aplicación de los derechos humanos en sede judicial* en Toluca, México, organizado por el Poder Judicial del Estado de México, PJDOME, en septiembre de 2022, invitado por el director de su Escuela Judicial, Ramón Ortega; a él, a los dos *discussants* de mi ponencia, Pablo Rapetti y Germán Súcar, y a todos los asistentes quedo en deuda por sus amables observaciones. Este trabajo ha sido escrito bajo el auspicio de dos proyectos de investigación, concedidos respectivamente por la Agencia Española de Investigación PIF2020-115941GB-I00 y por la Generalitat de Catalunya, 2017, SGR 00823. Por otro lado, este texto es el desarrollo de algunas ideas ya presentadas en MORESO (2012).

J. J. Moreso (Tortosa, España, 1959) es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Licenciado y Doctor en Derecho (Universidad Autónoma de Barcelona, 1983 y 1988, en ambos casos con premio extraordinario). Su investigación reciente está dedicada a los fundamentos filosóficos del constitucionalismo, a la interpretación del derecho y al razonamiento judicial. Ha sido también profesor en la Universidad Autónoma de Barcelona, en la Universidad de Girona, Profesor Visitante en varias universidades europeas y latinoamericanas (Bolonía, Palermo, Roma Tre, Génova, ITAM de México, Diego Portales de Chile) y Visiting Scholar en las de Oxford, Buenos Aires y Génova. Es doctor *honoris causa* por la Universidad de Valparaíso (Chile) y por la Universidad Antenor Orrego Trujillo (Perú). Ha escrito más de diez libros y más de doscientos artículos y capítulos de libros. De lo publicado recientemente pueden destacarse el libro *Lo normativo: variedades y variaciones* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020) y el artículo Moreso, J.J. (2024), On the Exclusionary Scope of Razian Reasons. *Ratio Juris*, 37: 148160. <https://doi.org/10.1111/raju.12403>

Entre 2005 y 2013 fue Rector de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y desde 2013 a 2022, fue el presidente de AQU (Agencia de la Calidad de las Universidades en Cataluña). Es también miembro del *Comité de Ética* del Ayuntamiento de Barcelona y es codirector de la colección *Filosofía y Derecho* de la editorial Marcial Pons, así como miembro de los consejos editoriales de, por ejemplo, las revistas *Ratio Juris*, *Doxa* y *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*.

dos posiciones extremas: el enfoque subsuntivo y el enfoque particularista, que encarnan dos grandes concepciones de la racionalidad práctica. Entre ambos enfoques hay lugar para un amplio espectro de opciones. Se toman dos en cuenta: el enfoque proporcionalista, que conserva el alcance de los derechos restringiendo su fuerza y, el enfoque especificacionista, a favor del cual se argumenta, que conserva la fuerza de los derechos restringiendo su alcance.

Palabras clave: Teoría constitucional, conflictos de derechos, racionalidad subsuntiva, particularismo moral.

Abstract

This paper deals with the question of the conflict of constitutional rights which acknowledge basic rights. It is shown that there are two extreme accounts: the subsumptive approach and the particularist approach that embody two main conceptions of practical rationality. Between both approaches there is room for a range of options. Two of them are taken into account: the proportionalist approach, which conserves the scope of rights restricting their stringency, and it is argued in favour of the specificationist approach, which preserve the stringency of rights restricting their scope.

Keywords: Constitutional theory, conflicts of rights, subsumptive rationality, moral particularism

1. Introducción: cuatro casos judiciales

En este trabajo, me propongo prestar especial atención a los problemas de aplicación de las constituciones o los convenios internacionales que contienen declaraciones de derechos, dado que, las pautas que establecen derechos pueden entrar en conflicto entre sí.

En este sentido, se trata de un fenómeno muy conocido en la filosofía práctica en general y en la filosofía moral en particular. Supongamos que una persona sugiere que hay un principio moral que establece: ‘Se deben cumplir las promesas’, entonces otra persona trata de mostrarle que el hecho de haber prometido hacer A no siempre constituye una razón *decisiva* para hacer A, puesto que puede chocar con otro principio moral. Así, ¿es una razón para matar a una persona el hecho de haberlo prometido a cambio de un millón de euros?, parece que aquí vence el principio moral con arreglo al cual no se debe matar.

Sin embargo, un modo aparentemente muy plausible de concebir la racionalidad práctica consiste en justificar una determinada acción aludiendo a un principio subyacente que, en aquellas circunstancias, requiere realizar dicha acción. Si hubiera dos principios en conflicto, que requiriesen acciones incompatibles, este modo de concebir la racionalidad práctica sería insuficiente. Por esta razón, lo que podemos denominar el *enfoque subsuntivo* es atractivo, se trata de la razón que llevaba a Kant (KANT 1989: 31) a sostener que *obligaciones non colliduntur*.

La aplicación del derecho, tal y como usualmente la comprendemos, es una instancia de esta concepción general de la racionalidad práctica. Aplicar el derecho consiste en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. Dicha operación se conoce con el nombre de *subsunción*.

Ahora bien, hay supuestos en los que el enfoque subsuntivo parece plantear problemas. Traigo aquí a colación cuatro de estos supuestos: el

caso *Titanic*, el caso del *cura de Hío*, el caso del *niño Marcos* y el caso *Lombardi Vallauri*.

El caso *Titanic*² es un caso de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el cual la revista satírica *Titanic* había llamado ‘asesino nato’ y, en otra edición posterior, ‘tullido’ a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado ser convocado de nuevo para llevar a cabo unos ejercicios militares. El Tribunal Superior de Dusseldorf condenó a la revista a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes al oficial. La revista interpuso un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional alemán consideró que llamar al oficial ‘asesino nato’ era una interferencia moderada o leve en su derecho al honor, porque este tipo de apelativos eran usuales en su estilo satírico, y en cambio, la interferencia en la libertad de expresión se considera grave; llamar ‘tullido’ a un parapléjico se considera una interferencia gravísima que derrota la interferencia grave en la libertad de expresión de la revista. O sea que, por este segundo apelativo únicamente, estimó el Tribunal el recurso de amparo.

El caso del cura de Hío es, en cambio, un supuesto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español,³ que en 1992, resolvió un recurso de amparo en el cual el cura de Hío demandaba al Diario El País que en 1984 había publicado una noticia según la cual el cura de dicha parroquia lideraba, garrote en mano, una manifestación de vecinos contra algunos ciudadanos que practicaban el nudismo en determinadas playas gallegas. Resultó que, a pesar de la diligencia del redactor de la noticia al comprobar los datos, el cura de Hío no estaba involucrado en dicha circunstancia. ¿Cómo resolver el conflicto entre las razones constitucionales que favorecen la libertad de información y aquellas que favorecen el derecho al honor? El Tribunal Constitucional español se inclinó, esta vez, por la libertad de información, con el argumento según

² *BverfGE* vol. 86,1

³ Vd. STC 20/1992, de 14 de febrero.

el cual los informadores están justificados no sólo con la verdad de las noticias que publican, sino también con su veracidad, para la que basta que la noticia, si falsa, esté diligentemente contrastada.

En tercer lugar, el caso del niño Marcos: el día 3 de septiembre de 1994 Marcos A.V., un niño de 13 años que vivía en Ballobar (Huesca) con sus padres, tuvo una caída con su bicicleta a la que no dieron mayor importancia. Pocos días después, el 8 de septiembre, al haber sangrado por la nariz en varias ocasiones, Marcos fue llevado por su madre al médico que aconsejó su ingreso en el Hospital Arnau de Vilanova de Lleida. En dicho hospital, después de las pruebas pertinentes y ante el alto riesgo de fuertes hemorragias, los médicos prescribieron una transfusión de sangre. En ese momento los padres del menor manifestaron educadamente que su religión (profesaban la religión de los testigos de Jehová), les prohibía el uso de transfusiones, entonces preguntaron si había algún tratamiento alternativo. Los médicos afirmaron que ellos no conocían ningún tratamiento alternativo, se negaron a conceder el alta voluntaria que los padres solicitaban, y se dirigieron al Juzgado de Guardia para que autorizara la transfusión. Los padres, a pesar de no compartir dicha decisión, la acataron y no hicieron nada para impedir la transfusión, que fue autorizada por el Juzgado. Marcos, que profesaba la misma religión que sus padres, rechazó con auténtico terror la intervención, reaccionando con gran excitación y violencia que los médicos estimaron muy peligrosas, pues podían precipitar una hemorragia cerebral. Fracasados sus intentos de convencer al menor, el personal sanitario del Hospital solicitó a los padres que trataran de convencer a Marcos, a lo que los padres se negaron arguyendo que ellos, como Marcos, pensaban que Dios no autorizaba las transfusiones de sangre ni en los casos de peligro para la vida. Desestimado el uso de algún procedimiento anestésico por razones médicas, al final, el Hospital accedió a otorgar el alta voluntaria para que los padres buscaran algún tratamiento alternativo en otro lugar. Aquellos regresaron a su domicilio y tres días después lo trasladaron a varios hospitales de Barcelona, donde les reiteraron la necesidad de la transfusión, pero ninguno de dichos

hospitales, dada la expresa oposición de Marcos y sus padres, tomó la decisión de intentar llevarla a cabo. Regresaron nuevamente a su domicilio, en el cual el menor contó solamente con la asistencia del médico titular de Ballobar, hasta que el día 14 de septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca) dispuso mediante Auto, a la vista de que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica, la autorización para la entrada en el domicilio del menor con el fin de que le fueran realizados los tratamientos médicos que precisaba, es decir, una transfusión de sangre. Marcos fue trasladado en ambulancia primero al Hospital de Barbastro y después al Hospital Miguel Servet de Zaragoza al que llegó con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral. Marcos falleció el día 15 de septiembre en el Hospital Miguel Servet.

Los padres de Marcos fueron acusados del delito de homicidio, del que fueron absueltos por sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca el 20 de noviembre de 1996. El Tribunal Supremo casó y anuló dicha sentencia y les condenó el 27 de junio de 1997, por el delito de homicidio con la circunstancia atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de las costas correspondientes. Los condenados interpusieron recurso de amparo contra dicha sentencia condenatoria ante el Tribunal Constitucional que, en STC 154/2002, de 18 de julio, resolvió conceder el amparo, declarar vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa y, en consecuencia, anular la decisión del Tribunal Supremo.

Aquí vemos, en cambio, una colisión entre dos derechos diversos: el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa.

Y, por último, el caso Lombardi Vallauri, un catedrático italiano de Filosofía del Derecho en la Universidad de Florencia. El profesor Luigi Lombardi Vallauri, había estado enseñando también esta materia en la Facultad de Derecho de la Universidad católica del *Sacro Cuore* en Milán

desde 1976, con contratos renovados anualmente de manera interrumpida. Cuando la renovación para el año académico 1998/1999 había de producirse, Lombardi Vallauri cursó de nuevo su solicitud. La Congregación para la Educación Católica, una institución de la Santa Sede, envió una carta al Rector de la Universidad informándole que algunas de las ideas del profesor Lombardi Vallauri estaban ‘en clara oposición con la doctrina católica’, y que, ‘en interés de la verdad, del bienestar de los estudiantes y de la Universidad’, la solicitud debía ser rechazada. En octubre de 1998, pocos días después, el Rector de la Universidad comunicó al Decano de la Facultad de Derecho la posición de la Congregación. A comienzos de noviembre, la Junta de la Facultad, con arreglo a la posición del Vaticano, decidió ignorar la solicitud del profesor, dado que una de las condiciones para ser tomada en consideración no se cumplía, es decir, no tenía la aprobación de la Congregación para la Educación católica.

Parece que algunas de las opiniones del solicitante acerca de algunos dogmas de la Iglesia católica fueron consideradas heréticas, en especial, su afirmación de que el infierno representaba una forma de trato cruel, inhumano o degradante, y que ello era inaceptable para los estándares jurídicos de los países civilizados (prohibidos por el art. 5 de la *Declaración Universal de los derechos humanos*).⁴ Sin embargo, las autoridades de la Universidad nunca transmitieron dichas razones al profesor. Sus posteriores demandas ante el Tribunal administrativo regional (2001) y al Consejo de Estado (2005) fueron desestimadas. El principal argumento fue que el Concordato entre la Santa Sede y la República de Italia requería la previa aprobación de la Santa Sede a los nombramientos de docentes

⁴ Véase por ejemplo, la entrevista en *La Repubblica*, 7 de noviembre de 1998 (Giovanni Maria Pace, ‘Entrevista a un eretico’, en la que el profesor dijo: ‘Como filósofo del derecho, observo que el pecado original es contrario al principio de la responsabilidad personal, que es un principio cardinal del derecho; y que una pena eterna es, por una parte, desproporcionada a cualquier delito que se pueda haber cometido y, por otra, inadecuada a la reeducación del condenado, dos características que la convierten en jurídicamente inadmisibles’. Más tarde, el profesor Lombardi Vallauri publicó estas opiniones en LOMBARDI VALLAURI 2001. Es un caso que analicé desde la perspectiva especificacionista en MORESO 2017b.

de las universidades católicas y, más aún, una decisión relevante del Tribunal Constitucional italiano había establecido que dicho mecanismo de autorización previa era compatible con la Constitución italiana, que garantiza tanto la libertad de enseñanza cuanto la libertad religiosa.⁵

El profesor Lombardi Vallauri apeló ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En 2009, el TEDH resolvió que la interferencia con la libertad de expresión, y con la libertad de cátedra, no estaba justificada en este caso. La carencia de justificación surgía de la omisión de explicación de cómo las opiniones del demandante, presumiblemente contrarias a la doctrina católica, habían afectado los intereses de la universidad. Por dicha razón, la Junta de la Facultad no había ofrecido las razones adecuadas para ignorar su solicitud de renovación después de doce años de renovaciones ininterrumpidas.⁶

Aquí tenemos un caso de conflicto entre la libertad de expresión de un profesor, incluida la libertad de cátedra, y la protección de las convicciones religiosas de una institución confesional, que forma parte de la libertad religiosa.

2. El desafío particularista al enfoque subsuntivo

La variedad de nuestro paisaje moral hace comprensible el desafío al enfoque subsuntivo por parte de las concepciones particularistas.⁷ Según dichas concepciones, el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia. Digámoslo con un ejemplo de

⁵ En el Caso Cordero: *Sentenza della Corte Costituzionale italiana, 195/1972.*

⁶ *TEDH, Affaire Lombardi Vallauri c. Italie (Requête n. 39128/05), Strasbourg 20 Octobre 2009.*

⁷ En la filosofía contemporánea representadas por, por ejemplo, DANCY 1993, 2004, McNAUGHTON 1988, McDOWELL 1998.

aroma kantiano; el hecho de que una persona posea una información verdadera es una razón para afirmarla cuando se la piden.⁸ Ahora bien, si lo que solicitan a alguien que está en posesión de la información es el escondite de una persona inocente a la que quieren asesinar, entonces el hecho de poseer dicha información no debe conducir a revelarla, porque -por así decirlo- *vence* el principio que obliga a proteger a las personas inocentes cuando está en nuestra mano. Pensemos en un buen profesor universitario prusiano durante la segunda guerra mundial que, sabedor porque él mismo se lo proporcionó, del escondite de una mujer de origen judío, que había sido una de sus alumnas, revela el lugar como respuesta a una pregunta de un oficial de las SS. Tal vez por esta razón David Ross (ROSS 1930) sostuvo que los deberes morales no son absolutos, sino *prima facie*. Ahora bien, una vez hacemos esta concesión, ¿dónde podemos detenernos? Regresemos a nuestro ejemplo referido al cumplimiento de las promesas. Supongamos que, ante la promesa de asesinar a alguien, se replica reformulando la norma moral propuesta para que no incluya estos supuestos, por ejemplo, ‘Se deben cumplir las promesas que no conllevan la realización de comportamientos inmorales’. Ahora el particularista o defensor del enfoque subsuntivo vuelve a la carga: ¿qué ocurre si la promesa ha sido obtenida bajo la amenaza de secuestrar a la hija del que ha prometido? Y el universalista replica con una nueva formulación: ‘se deben cumplir las promesas que no han sido otorgadas bajo amenaza ni conllevan la realización de actos inmorales’. El particularista todavía puede desafiar diciendo que, si arrancamos de un torturador, bajo amenaza, la promesa de dejar de torturar, entonces debe dejar de torturar, y el universalista puede añadir el adjetivo ‘injustas’ al sustantivo ‘amenazas’. Y así sucesivamente. Los

⁸ En virtud, digamos, del principio moral que nos obliga a no mentir. Kant pensaba que tal principio es un principio categórico, absoluto, y por ello, escribió: (1989: 292) ‘La mentira (en el sentido ético de la palabra), como falsedad deliberada, no precisa *perjudicar* a otros para que se la considere reprobable... Su causa puede ser la ligereza o la bondad, incluso puede perseguirse con ella un fin realmente bueno, pero el modo de perseguirlo es, por la mera forma, un delito del hombre contra su propia persona y una bajeza que tiene que hacerle despreciable a sus propios ojos’.

que cuestionan el enfoque subsuntivo de la moralidad sostienen que no hay modo plausible de poner fin a este *sucesivamente*. Sostienen que, los contextos se comportan de modos muy diversos y que, por lo tanto, no hay manera de atrapar un principio moral válido en todos los contextos de manera invariable.

Esta conclusión produce cierta desazón cuando se traslada a la teoría del derecho, puesto que conllevaría el corolario de que en la aplicación de las pautas que establecen los derechos básicos, la solución dependería siempre del contexto, dejando a los destinatarios de las normas al arbitrio de los aplicadores.⁹

3. Interludio: un amplio espectro de opciones intermedias

En realidad, tanto el enfoque subsuntivo como el enfoque particularista constituyen dos extremos que iluminan algunos aspectos de la cuestión, a costa de distorsionar de manera excesiva otros aspectos. Entre estos extremos, cabe un espectro de posiciones intermedias.¹⁰

Dicho en palabras de Russ Shafer-Landau:¹¹ Cuando nuestros derechos parecen entrar en conflicto con otras consideraciones morales, incluyendo otros derechos morales, podemos resolver la tensión reduciendo el alcance del derecho o bien reduciendo su fuerza.

⁹ Estas parecen ser las razones que conducen a algunos autores a rechazar la tesis de los conflictos entre los derechos y a defender alguna versión del enfoque universalista y subsuntivo. Vd., por ejemplo, HABERMAS 1992: cap. 6 y FERRAJOLI 2001: 353-354.

¹⁰ En DANCY 2004: 3-12, se halla la misma idea como 'rango de opciones' y la presentación de algunas de ellas.

¹¹ SHAFER-LANDAU 1995a: 225.

Reducir la fuerza de los principios comporta considerar que, los principios propiamente, cubren los casos en los cuales varios de ellos pueden entrar en conflicto, pero en dichos supuestos, uno de los principios resulta vencedor, conserva su fuerza, mientras el otro –el vencido- pierde su aplicabilidad al caso concreto. Me referiré aquí a uno de los enfoques posibles de esta concepción, el enfoque *proporcionalista*, tal como ha sido presentado por Robert Alexy, cuyas ideas acerca de la denominada *ponderación* han sido y son la posición más articulada y sugerente de la que disponemos en la teoría constitucional del presente.¹²

Reducir el alcance de los principios conservando su fuerza, representa considerar la formulación de los principios como incompleta y *expandirla*¹³ de modo que, conservando el alcance, los principios debidamente reformulados no entren ya en conflicto. Se trata de la posición que trataré de defender en este trabajo y que podemos denominar enfoque *especificacionista*.¹⁴

4. El enfoque proporcionalista

Veamos, en primer lugar, la concepción proporcionalista tal como la concibe Robert Alexy. Para dicha concepción, mientras las colisiones entre normas son un síntoma de que, o bien alguna de las normas es inválida, o bien una puede considerarse una excepción de la otra; las colisiones entre principios han de ser resueltas de modo distinto. Cuando dos principios entran en colisión (por ejemplo, porque el primero

¹² ALEXY 1986, 2002, 2003a, 2003b.

¹³ Dancy (DANCY 2004: 11) llama a esta posición ‘expansionismo’.

¹⁴ Y que se inspira en algunas ideas de HARE 1952: 48-55, 60-65; HURLEY 1989, 1990; RICHARDSON 1990, BAYÓN 2001, ATIENZA-RUIZ MANERO 2002, SCANLON 2000. Con atención especial al particularismo y al modo en que una posición como esta puede preservar un espacio conceptual para los principios generales, vd. SINNOT-AMSTRONG 1999, HOLTON 2002, VÄYRYNEN 2006.

establece que una conducta determinada está prohibida y el segundo que está permitida) uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio *precede* al otro. Es por esta razón que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente *peso* y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez.

La dimensión de peso, entonces, configura el núcleo de la *ponderación*. Dicha operación forma parte de lo que es requerido por un principio más comprensivo: el principio de proporcionalidad. Este principio comprende tres subprincipios: a) el principio de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, b) el principio de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario –que no exista otro menos lesivo– para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido,¹⁵ y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, que se afecte al ejercicio del derecho en el menor grado posible compatible con la mayor satisfacción en el ejercicio del otro derecho.

Según Alexy, la ponderación puede ser dividida en tres etapas. La primera etapa comporta el establecimiento del grado de no satisfacción del primer principio. La segunda etapa consiste en establecer el grado de satisfacción del principio en pugna con el primero. Finalmente, la tercera etapa evalúa si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del primero. Podemos dividir el grado de afectación a un derecho determinado en tres rangos: leve, medio y grave. Como es obvio, estos grados de afectación son relativos al contexto

¹⁵ Estas dos operaciones deben ser comprendidas como distintas en un sentido sólo heurístico y no conceptual. Quiero decir que, conceptualmente, si un medio A es necesario para obtener B, también es adecuado. Ahora bien, según creo, hay que interpretar a Alexy en el sentido siguiente: en primer lugar, averiguamos si A se encuentra entre los medios adecuados para obtener B y, en segundo lugar, vemos si no existen medios menos lesivos que A de alcanzar B.

establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde –si entiendo bien la propuesta de Alexy- el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas.

Entonces, en la fórmula más simple, el peso *concreto* de un principio P_i que colisiona con otro principio P_j , es decir, $W_{i,j}$, es el cociente que resulta de dividir la intensidad de la interferencia en el primer principio (I_i) por la intensidad de la hipotética interferencia sobre el segundo principio bajo el supuesto de que se omitiera la interferencia con el primero (I_j). Esta es, entonces, la fórmula:

$$W_{i,j} = I_i / I_j$$

En los casos en los que el valor es mayor que 1, el principio P_i precede a P_j . En los casos en que es menor que 1, P_j precede a P_i . El empate se da cuando la división es igual a 1. Los valores numéricos pueden asignarse suponiendo que las interferencias leves equivalen a 2^0 , las moderadas a 2^1 y las graves a 2^2 .

Insisto en que se trata del peso concreto, es decir, de la precedencia de un principio sobre otro para un caso individual. Como Alexy afirma (ALEXY 2003b: 440): ‘Las interferencias son siempre interferencias concretas’. Es posible añadir en la fórmula lo que Alexy denomina el peso abstracto de los principios, es decir, la importancia en abstracto de un principio sobre otro al margen de las circunstancias del caso concreto. Esto da como

resultado la fórmula siguiente:¹⁶

$$W_{i,j} = I_i \cdot W_i / I_j \cdot W_j$$

Según Alexy, esta reconstrucción de la ponderación hace de ella una actividad controlable racionalmente. Mientras la subsunción es un esquema que trabaja con arreglo a las reglas de la lógica, la ponderación trabaja de acuerdo a las reglas de la aritmética.

Veamos, a continuación, cuatro posibles objeciones a este enfoque alexiano. La primera duda que se me plantea es la siguiente: dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una *escala de ordenación abstracta* de los derechos. No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente. En mi opinión no es claro qué es lo que debería medir la supuesta escala abstracta de ordenación de los derechos constitucionales: ¿debería medir estados de cosas en los que un derecho es máximamente optimizado mientras el otro no lo es en absoluto?

El segundo punto al que quiero referirme guarda relación con la distinción de Alexy entre interferencias leves, moderadas y graves en los principios constitucionales. Aquí estamos frente a una escala, pero, ¿de qué depende la asignación de estos tres conceptos en un caso concreto? Sólo podemos construir escalas ordinales o cardinales cuando estamos en presencia de una propiedad claramente definida, como sucede con el test del rayado para la escala de los minerales: un mineral es más duro que otro si y solo si el primero puede rayar al segundo y el segundo no puede

¹⁶ En realidad, Alexy añade otra complicación en la fórmula, de la que aquí prescindiré, relativa a la confiabilidad de las asunciones empíricas concernientes a las diversas interferencias en juego. ALEXY 2003b: 446-448.

rayar al primero. La dureza de los minerales nos permite de este modo construir una escala ordinal. No veo cómo podemos hacer lo mismo con la interferencia en los derechos constitucionales, dado que no estamos en posesión de nada semejante al test del rayado, ni siquiera somos capaces de delimitar con claridad de qué propiedad estamos hablando frente a la cual la interferencia pueda ser calificada de leve, moderada o grave. Y como hay varias propiedades que son candidatas plausibles a representar ese papel, podemos generar varias escalas, distintas entre sí.

La tercera duda que quiero plantear está relacionada con la insistencia de Alexy en que la operación de ponderación se refiere siempre a un caso individual. Lo que conlleva una concepción que ha sido denominada una concepción *ad hoc* de la ponderación. Mientras la ponderación en abstracto es una ponderación definicional -es decir, una asignación de peso independiente de las circunstancias-, pero inconcluyente, puesto que de la fórmula de Alexy se deriva que un principio con mayor peso en abstracto, puede ser derrotado en concreto por otro con menor peso en abstracto; la ponderación en concreto es siempre *ad hoc* y ello conlleva que 'una sola característica peculiar puede justificar una solución diversa de aquella que se ha atribuido a un caso anterior'.¹⁷ De este modo, se veda uno de los modos de control racional de las decisiones judiciales: aquel basado en la articulación de dicho tipo de decisiones. Es más, se sustituye un modelo generalista de toma de decisiones, por otro de carácter particularista, una sola propiedad diferente (y, como ha de resultar obvio, si dos casos individuales son diferentes entonces tienen al menos una propiedad diferente) que puede comportar una solución diversa para el caso.

La cuarta objeción que quiero traer a colación es la siguiente: me parece que hay una cierta tensión entre *la ley de la ponderación*, tal como ha sido

¹⁷ BERNAL PULIDO 2003: 188-189, en la mejor presentación y desarrollo de las ideas de Alexy en castellano. Para la distinción entre ponderación definicional y ponderación *ad hoc* vd. por ejemplo ALEINIKOFF 1987: 948.

presentada en la fórmula del peso, y lo que Alexy llamó *la ley de colisión* (ALEXY 1993: 94-95): ‘de un enunciado de preferencia sobre una relación de preferencia condicionada se sigue una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia’.

Esta ley, la *ley de la colisión*, no está presente ni en el Postscript de ALEXY (2002a, 2002b) a su *Teoría de los derechos fundamentales*, ni en las posteriores publicaciones de esos años (ALEXY 2003a, 2003b, 2005), aunque recientemente Alexy ha vuelto a hacer uso de dicha ley en dos contribuciones replicando a Barak (BARAK 2012, 2017) y L. Ferrajoli (FERRAJOLI 2015) en ALEXY (2018, 2020). En concreto, la cuestión que quiero analizar es cómo pueden ser compatibles dos tesis diferentes y cruciales en la concepción alexiana, la *tesis de las reglas constitucionales derivadas o adscriptas*:

De una relación de preferencia entre principios en colisión, se deriva una regla *adscripta* (*‘Zugeordnete’* en alemán) en la que el caso concreto puede ser subsumido.

Conforme a esta regla, parece que la ponderación acaba en una subsunción. Sin embargo, según la *tesis del carácter distintivo de la ponderación* (ALEXY 2003b, 448) parece que:

La subsunción y la ponderación son dos operaciones distintas, la primera relacionada con las reglas de la lógica, la segunda con las reglas de la aritmética.

En su réplica a Barak, Alexy reitera la idea de que la ponderación acaba con una regla derivada bajo la cual el caso en cuestión puede subsumirse (como sostenido en ALEXY 2002a). ALEXY (2018, 875-6) dice ahora:

La idea de las normas adscriptas de derecho constitucional está íntimamente vinculada con la primera ley básica de la teoría de los principios, la ley de colisión. Para esta ley, dos conceptos son constitutivos. El primero es la relación de precedencia. Esta relación es simbolizada como '**P**'. El segundo es la condición de la precedencia. Es simbolizada por '**C**'. El resultado de cada aplicación de la fórmula del peso puede expresarse con este fundamento. La forma estándar es:

$(P_i \mathbf{P} P_j) \mathbf{C}$

Esta fórmula expresa una relación condicional de precedencia. Ha de ser leída como sigue:

El principio P_i precede al principio P_j en la condición \mathbf{C} . El punto decisivo es que esta relación condicional de precedencia implica una regla.

Precisamente es lo que expresa la ley de colisión, que dice así:

Si el principio P_i precede al principio P_j en las circunstancias \mathbf{C} :

$P_i \mathbf{P} P_j) \mathbf{C}$, y si P_i da lugar a las consecuencias jurídicas \mathbf{Q} en las circunstancias \mathbf{C} , entonces una regla válida es aplicable, que tiene a \mathbf{C} como prótasis y a \mathbf{Q} como apódosis: $\mathbf{C} \rightarrow \mathbf{Q}$.

Y, con arreglo a estas ideas, concluye (ALEXY 2018, 876):

Esta es una regla muy específica que es justificada por el Tribunal Constitucional fundado en los derechos constitucionales P_i y P_j en

conflicto conforme a las dos leyes de la teoría de los principios, la ley de la ponderación, como explicada por la fórmula del peso, y la ley de la colisión. Una regla de este modo justificada es, si la justificación es correcta, una norma adscripta de derechos constitucionales.

Parece de este modo que la ponderación es un mecanismo que nos permite la obtención de una regla derivada o adscripta. Obtenida dicha regla, podemos subsumir el caso en cuestión en ella.

Sin embargo, ¿cómo deben ser comprendidas las circunstancias **C**, la apódosis de la regla que surge de la previa ponderación? Alexy, como sabemos, insiste en el peso concreto, dado por las circunstancias particulares de la situación a examen. Ahora bien, si esto es así, las circunstancias **C** son el conjunto de todas las propiedades instanciadas por el caso particular y la regla adscripta sólo es apta para resolver este caso, por así decirlo. Es decir, no es posible capturar un subconjunto de *propiedades relevantes*, de modo de convertir la regla adscripta en una regla *general*. Tal vez por esta razón, la ponderación es una operación distinta de la subsunción. Subsumir presupone *la generalidad*, supone que podemos identificar ciertas propiedades relevantes que, conjuntivamente, pueden resolver el caso. Ponderar, en cambio, parece de nuevo una operación *particularista*, una operación *ad hoc*.

Entonces, hay una tensión entre las leyes alexianas de la ponderación y de la colisión. De acuerdo con la ley de la colisión, como veremos, la posición de Alexy no es muy diferente de la estrategia especificacionista que aquí se vindica, porque la ponderación es únicamente una etapa previa a la subsunción; conforme a la ley de la ponderación, hay un mayor margen para la discrepancia, porque la ponderación no deja espacio para la subsunción.¹⁸

¹⁸ En MORESO (2017) he desarrollado esta idea.

En mi opinión, estos cuatro problemas pueden socavar gravemente el modelo proporcionalista de Alexy, puesto que no permiten ni prever lo que los órganos de aplicación del derecho decidirán en los casos de conflictos entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, ni menos aún, someter a crítica racional y articulada sus decisiones.

A menudo se añade a esta crítica la idea según la cual el juicio que subyace a la asignación de peso a los diversos principios es un juicio totalmente subjetivo y, como tal, no controlable racionalmente.¹⁹ Baste decir aquí, aunque no puedo argumentarlo, que no considero que la evaluación de la aplicabilidad de los principios sea una tarea plenamente subjetiva y, en este sentido, comparto el propósito de Alexy de buscar un mecanismo de control *racional* de esta tarea.

5. El enfoque especificacionista

Merece la pena, entonces, explorar el enfoque especificacionista, consistente en reducir el alcance de los principios pero conservar su fuerza. Uno de los puntos centrales en los que insisten los particularistas es que las razones (morales, jurídicas) no se comportan de modo atomista, sino

¹⁹ Por ejemplo, GUASTINI 1999: 169-171, también 1998a, 1998b: 302-304; HERNÁNDEZ MARÍN 2005: 322-327, GARCÍA AMADO 2007a, 2007 b. Lo que parece incomodar a García Amado especialmente es el aumento del poder de control jurisdiccional de los tribunales constitucionales frente a los tribunales ordinarios, a su –como dice– ‘tácito cometido como superapelación’. Aunque este punto exigiría un tratamiento más detallado, baste decir aquí que si los derechos constitucionales han de ser efectivos, alguien deberá velar por ellos y, me temo que, durante estos treinta años de democracia constitucional en España, si no lo hubiese hecho el Tribunal Constitucional, algunos de nuestros derechos habrían quedado desprotegidos. Más extraña, me parece, la posición de Hernández Marín, a la que tampoco puedo prestar la atención que merece, puesto que sostiene que –sea o no subjetivo el juicio de ponderación– que el juez cumple con el derecho aplicando cualquiera de los dos principios en pugna. Tal vez habría que revisar la noción de aplicación y de cumplimiento del derecho que permite esta extraña conclusión, a saber, que el juez del caso Titanic, por ejemplo, cumple juzgando que se debe rechazar la demanda del militar porque las publicaciones están protegidas por la disposición constitucional que protege la libertad de expresión y cumple también admitiendo la demanda porque se ha vulnerado la disposición constitucional que protege el derecho al honor.

holista; pues bien, como ha sido sugerido, (VÄYRYNEN 2006: 710) la estrategia que voy a presentar trata de *secuestrar* al holismo y acomodarlo en un marco generalista.²⁰

Lo haré valiéndome del caso Titanic propuesto tantas veces por Alexy.²¹ En este caso se ponen de manifiesto los problemas que he señalado, creo, en la concepción de Alexy. En primer lugar, ¿cuál de los principios, la libertad de expresión y el derecho al honor, tiene mayor peso en abstracto? Nada nos dice al respecto Alexy y, de ello, tal vez haya que concluir que Alexy considera que tienen igual peso. Sin embargo, sólo una teoría plenamente articulada de los derechos nos permitiría alcanzar dicha conclusión, pero, una teoría así está aún por construir. En segundo lugar, ¿por qué denominar al oficial ‘asesino nato’ es una interferencia moderada o leve (y, es más, debería decirse si es moderada o es leve), mientras tildarle de ‘tullido’ es gravísima (que, por cierto, no es una categoría presente en la clasificación de Alexy)? Y, ¿por qué imponer una indemnización no muy alta, como en este caso, a los editores de la revista constituye una interferencia grave en la libertad de expresión? Alguien podría argüir, con perfecto sentido, que este tipo de expresiones puede ser evitado sin merma significativa de la libertad de expresión ni de la libertad de información. En tercer lugar, esta sentencia también muestra claramente la dificultad de establecer criterios generales con este método: en el caso de la expresión ‘asesino nato’ la libertad de expresión precede al derecho al honor, en el caso de ‘tullido’ ocurre lo contrario. ¿Qué sucederá, entonces, en otro supuesto de expresión denigratoria en el futuro? ¿Puede alguien decirlo con seguridad?

Por estas razones, creo que es mejor pensar en un modo de configurar la ponderación que la considera un paso previo a la subsunción. Una vía según la cual la ponderación es la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios

²⁰ La he desarrollado previamente en MORESO 2002, 2004.

²¹ En MORESO 2002 usaba el caso del cura de Hío, en MORESO 2004 el caso del niño Marcos, en MORESO 2017b el caso Lombardi Vallauri.

–pautas con las condiciones de aplicación abiertas-,²² a reglas –pautas con las condiciones de aplicación clausuradas-, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado. Intentaré mostrar cuáles son las etapas de una operación de este tipo, tomando como supuesto el caso del *Titanic*.

La primera etapa consiste en la delimitación del problema normativo, de lo que Alchourrón y Bulygin han llamado el *universo del discurso*.²³ Delimitar claramente el ámbito del problema normativo que nos ocupa permite, principalmente, hacer el problema manejable: ya no nos referimos al conjunto de todas las acciones humanas posibles, sino sólo a un conjunto mucho más reducido de acciones humanas. En el caso del *Titanic*, el universo del discurso podría ser el siguiente: acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas.

La segunda etapa consiste en la identificación de las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones. Aquí obviamente son aplicables el principio que establece la libertad de expresión e información y el principio que protege el derecho al honor de las personas.

La tercera etapa consiste en la consideración de determinados casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa. Los casos paradigmáticos tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente.²⁴ Los casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar. En el problema normativo delimitado en la primera etapa a modo de ejemplo, podríamos considerar como paradigmáticos casos como los siguientes: a) publicar la noticia falsa, sin comprobación alguna de su veracidad, de que el arzobispo de Barcelona está implicado en una trama

²² Para esta noción de principios vd. ATEINZA-RUIZ MANERO 1996: cap. 1.

²³ ALCHOURRÓN-BULYGIN 1971: cap. I.

²⁴ Vd., para esta función de los casos paradigmáticos en el ámbito del razonamiento jurídico, DWORKIN 1986: 255-257, HURLEY 1989, 212, ENDICOTT, 1998.

de prostitución infantil es un ejemplo de un supuesto en el cual la libertad de información cede ante el derecho al honor y b) publicar la noticia verdadera de que, por ejemplo, un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de euros de cierta empresa a cambio de la concesión para construir una autopista es un supuesto en el que la libertad de información desplaza el derecho al honor.

En la cuarta etapa se establecen las propiedades *relevantes* de ese universo del discurso. El establecimiento de las propiedades relevantes ha de hacer posible la determinación de las soluciones normativas. En nuestro supuesto son claramente relevantes las siguientes propiedades: la relevancia pública de la noticia, que la noticia sea veraz (tal como ello es entendido por muchos altos Tribunales, que sea verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada),²⁵ y que la noticia no sea injuriosa.

La quinta y última etapa consiste en la formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso. Una regla, me parece que indiscutida, sería la siguiente:

R1: Las informaciones de relevancia pública, veraces y no injuriosas, están permitidas.

También indiscutida, creo, tendríamos una segunda regla:

R2: Las informaciones que no son de relevancia pública o carecen de veracidad o son injuriosas están prohibidas y, en el caso que se produzcan, generan un derecho a ser indemnizado.

²⁵ Se trata de la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964), en donde se aplica el denominado ‘malice test’: ‘knowledge of falsehood or reckless disregard for falsity’. recogida por muchos Tribunales Constitucionales europeos. Para España (que, por otra parte, en el propio texto constitucional, en el art. 20.1 d) reconoce explícitamente el derecho a ‘comunicar o recibir libremente información veraz...’) pueden verse, por ejemplo, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 6/1988, de 21 de enero, STC 40/1992, de 30 de marzo y STC 240/1992, de 21 de diciembre.

Obviamente que las tres últimas etapas están íntimamente relacionadas entre sí. El establecimiento de las reglas debe ser controlado de acuerdo con su capacidad de reconstruir los casos paradigmáticos. La selección de las propiedades relevantes debe refinarse en la medida en que este objetivo no sea alcanzado y, a partir de una nueva selección, debe procederse a la formulación del conjunto de reglas que disciplinan dicho problema normativo.

Estas cinco etapas constituyen *un modo* de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Las reglas surgidas de una reconstrucción como la propuesta, se aplican de modo subsuntivo y permiten articular y otorgar coherencia a la función judicial, aunque reducen el alcance de los principios. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y, lo hace de manera compatible con que, en otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o, debe mostrar una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso.²⁶ Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho.

Es obvio que en muchos casos individuales la solución ofrecida por una y otra reconstrucción será la misma. No obstante, insistiré en aquello que las distingue. La concepción aquí defendida requiere que seamos capaces de establecer cuáles son las propiedades seleccionadas *relevantes*. Guiar el comportamiento es, en realidad, seleccionar propiedades a cuya presencia o ausencia se correlacionan diversas calificaciones deónticas. Obviamente que esta selección de propiedades no está en disposición de resolver todos los casos individuales, principalmente porque los conceptos que describen las propiedades son vagos y siempre quedarán

²⁶ Como es obvio esta operación representa el cambio de las reglas del sistema normativo y, por lo tanto, del sistema normativo aplicable. Sin embargo, este cambio es compatible con el hecho de que la solución de los casos realmente ocurridos en el pasado sea la misma para los dos sistemas normativos. Vd. el desarrollo de esta idea en MORESO 2002.

casos de duda: ¿Es determinada expresión un *insulto* o no, como por ejemplo llamar al oficial de la reserva ‘asesino nato’ en el contexto satírico de la revista *Titanic*? Esta podría ser una forma de reconstruir la decisión del Tribunal Constitucional alemán con el esquema presentado. La ventaja, en mi opinión, es que el Tribunal en el futuro sólo ha de plantearse si determinada expresión es o no injuriosa y no el grado de interferencia de dicha expresión en la libertad de información.

Por otra parte, en la concepción especificacionista no hace falta la ponderación en abstracto, si por ella entendemos el peso de cada principio al margen de cualquier circunstancia. El derecho a la vida que parece un candidato a tener mayor peso, también está sujeto a especificación: en primer lugar, porque algunas veces el derecho a la vida de una persona entra en conflicto con el derecho a la vida de otra persona, pero también porque aunque el derecho a la vida genera un deber especial de, por ejemplo, los médicos para asistir a aquellos cuya vida corre peligro, dicho deber es exceptuado cuando la persona cuya vida corre peligro ha expresado seria y libremente su rechazo a determinado tratamiento (así las transfusiones de sangre) en virtud de sus convicciones religiosas.

Por último y más importante: el modelo de Alexy está abocado al particularismo, en el sentido de que una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta. El modelo especificacionista no está necesariamente vinculado con el particularismo, en un ámbito determinado y con determinados principios en liza, el modelo presentado es generalista y con él se resuelven todos los casos previamente delimitados.

Considero la estrategia *especificacionista* razonable. Sin embargo, para que dicha estrategia sea convincente debe ser sometida a dos

limitaciones importantes.²⁷ Por una parte, dicha especificación contendrá siempre, entre las circunstancias que permiten revocar la obligación moral a la que en principio llevan determinadas propiedades –llamémosle *defeaters*–,²⁸ conceptos morales. Supongamos que yo he prometido ir esta noche a cenar a casa de un amigo. Si mi amigo me llama para decirme que si no termino el artículo que estoy escribiendo puedo no ir a su casa, este hecho socava la razón para cumplir la promesa, se trata de un *underminer*, una *causa de suspensión*. Ahora bien, si mi amigo me llama para decirme que está muy cansado y que no se siente con fuerzas para cocinar esta noche, entonces este hecho cancela mi obligación de un modo diverso al anterior: no sólo la socava sino que me ofrece una razón para no ir a su casa, se trata de un *reversar*, una *causa de inversión*. Y si, yo sufro mareos y no me encuentro bien para ir a su casa, entonces mi responsabilidad es anulada mediante una *excusa*. Por otra parte, si es mi mujer la que me llama desde el hospital en el que ha sido ingresada, entonces el deber de acudir al hospital revoca el deber de cenar con mi amigo, se trata de un *override*, una *causa de anulación*. Como dice Walter Sinnott-Armstrong, al que se deben estas ideas y esta terminología: ‘Override, underminers, reversers, and excuses are, then, all reason *defaters*’ [anulaciones, suspensiones, inversiones y excusas son, entonces, todas ellas causas de revocación de las razones].²⁹

Entonces, los principios morales deben ser formulados incluyendo sus *defaters*. Ahora bien, los *defeaters* siempre contendrán conceptos morales. Sólo en este sentido es posible *codificar* los principios morales. Es claro que, al menos, por razones epistémicas no podemos codificar todos los *defeaters* acudiendo únicamente a propiedades naturales. Además, dadas las infinitas descripciones posibles de las acciones, es plausible pensar que también dicha tarea es irrealizable por razones

²⁷ Expongo algunas ideas ya presentes en MORESO 2005b.

²⁸ Vd. MORESO 2005a.

²⁹ SINNOT-AMSTRONG 1999: 5. He intentado ofrecer una tentativa taxonomía de los *defeaters* en MORESO 2020.

conceptuales.³⁰ Este es el sentido en el cual el universalismo puede ser adecuado: hay principios morales, ahora bien –y esta es la concesión al particularismo– que contienen necesariamente conceptos evaluativos.³¹ Podemos de este modo, revisar los antecedentes de nuestros principios *prima facie* haciéndolos más específicos, pero con el coste de incorporar en ellos, como *defeaters*, conceptos evaluativos.

Así es como, por otra parte, están codificadas las normas jurídicas. Si alguien mata a otro, comete un homicidio castigado, en principio, por el código penal; pero dicha acción no es punible si ha sido realizada en legítima defensa o en estado de necesidad o cualquiera del resto de causas de justificación, o ha sido realizada en presencia de alguna de las causas de exculpación (trastorno mental, por ejemplo). Las causas de justificación y las excusas son los *defeaters* en la codificación de las normas penales. Dichos *defeaters* están de hecho formulados de tal modo que incorporan conceptos evaluativos (en el caso de la legítima defensa, que la agresión a la que se responde sea *ilegítima*, que no mediere provocación *suficiente*, etc.) Si alguien realiza un contrato de compraventa, obligándose a la entrega de un coche a cambio de un precio, tal contrato es válido siempre que no medien, por ejemplo, algunos vicios del consentimiento. Es decir, las obligaciones en el derecho privado están también sujetas a *defeaters*: los contratos son nulos si son contrarios a las leyes, a la moral o al orden público. Son también nulos si se otorgan con algún vicio del consentimiento (error, coacción, etc.). Como puede apreciarse, también en este caso los *defeaters* contienen conceptos evaluativos.

No veo razones para rechazar este punto de vista para la moral, ni desde el punto de vista conceptual, ni desde el punto de vista justificativo. Ni siquiera Jonathan Dancy rechaza esta posibilidad.³² Ahora bien, Dancy

³⁰ Dicha sugerencia en CELANO 2007 y MORESO 2004a.

³¹ Esta es la posición de McNAUGHTON-RAWLING 2000.

³² DANCY 1999, 2001.

replica diciendo que de este modo no conseguimos todavía dar forma (*shape*) a las propiedades naturales sobre las que las propiedades morales supervienen, puesto que ahora queda por averiguar sobre qué propiedades naturales supervienen los *defaters*. Es decir, esta forma de universalismo no es más que un particularismo disfrazado de universalismo, un lobo con piel de cordero. Es un argumento similar al de Bruno Celano.³³ Celano sostiene que, no hay ningún modo estable de llevar a cabo la revisión desde nuestros condicionales derrotables hasta los condicionales inderrotables, y no lo hay porque, la noción de una tesis de relevancia última está mal formada. La tesis de relevancia última es aquella que establece cuáles son las propiedades naturales relevantes de un modo exhaustivo³⁴ y, según Celano, no hay esperanzas de alcanzar tal objetivo. Según Celano, el conjunto de las combinaciones de las propiedades potencialmente relevantes, que toman en cuenta la historia del caso, no es agotable.³⁵

Estas consideraciones de Celano (y de Dancy) nos llevan a otra limitación del universalismo. Concedo, sin más argumentos, que en la codificación de las normas morales (y jurídicas) no puede irse más allá de principios o normas con *defaters* evaluativos. Sin embargo, el discurso de aplicación de dichas codificaciones puede ir más allá. Sería irrazonable suponer que, enfrentados a un problema moral, debemos reconstruir todos nuestros principios morales válidos para todas las acciones humanas posibles. Es más sensato considerar que podemos adoptar un determinado universo del discurso, es decir, un conjunto determinado de acciones humanas. Por ejemplo, el conjunto de las acciones de devolver los libros que tenemos en préstamo.³⁶ Tal vez en este caso, podamos alcanzar algo como una tesis de relevancia. Son relevantes, con seguridad, el plazo de tiempo por el que tenemos el préstamo, el hecho de que el que nos lo prestó sea su verdadero propietario (no es un libro sustraído de la

³³ CELANO 2007.

³⁴ La noción de tesis de relevancia se halla en ALCHOURRÓN-BULYGIN 1971: cap. VI. Vd. también RODRÍGUEZ-SÚCAR 1998, RODRÍGUEZ 2000.

³⁵ CELANO 2007.

³⁶ Por tomar un ejemplo de DANCY 1993: 60.

biblioteca universitaria por ejemplo), debemos incluir también las justificaciones (tuvimos que ausentarnos de la ciudad por un tiempo) y las excusas (lo dejamos olvidado en un cambio de domicilio). Podemos también delimitar previamente el conjunto de normas morales a tomar en cuenta, de modo de ignorar casos recalcitrantes siempre imaginables. Podemos atender únicamente a la norma moral que obliga a devolver lo prestado bajo ciertas condiciones e ignorar, ahora, la norma moral que prohíbe inducir a otro al suicidio, y así ignorar el supuesto de que la lectura del libro, dado el estado anímico de su propietario, puede llevarlo a suicidarse. Obviamente que si apreciamos que este es el caso, debemos introducir esta norma en el sistema. Pero limitada a un universo de acciones y a un subconjunto de las normas morales, creo que es razonable aspirar a obtener una tesis de relevancia manejable. Por otro lado, así operan los juristas cuando se enfrentan a un caso real o hipotético: toman en cuenta un universo del discurso delimitado y un subconjunto de normas jurídicas (no todas las normas jurídicas, ya que no es sensato, aunque son un conjunto finito –si nos limitamos a las normas formuladas y no tomamos en cuenta las derivadas–, pensar en una reconstrucción global de todas ellas). Para *microsistemas* así concebidos, la operación de revisión estable es alcanzable y permite pasar, en este contexto delimitado, de la formulación de *defeaters* evaluativos a *defeaters* descritos mediante propiedades naturales. Obviamente que se trata, por definición, de reconstrucciones incompletas. También es verdad, como quieren los particularistas, que dichas reconstrucciones dependen del contexto, pero no dependen –como arguyen los particularistas– del contexto establecido por las circunstancias del caso concreto, sino que, dependen del contexto del problema normativo seleccionado. Es decir, en un contexto normativo así delimitado, hay propiedades naturales uniforme e invariablemente relevantes.

6. Frónesis aristotélica para concluir

Alguien puede considerar, con razón, que esta defensa del generalismo concede demasiado al particularismo, dado que sólo tenemos principios morales si los concebimos como incorporando conceptos evaluativos, y

en el razonamiento práctico el juego de estos principios está delimitado por el contexto del universo del discurso seleccionado y, de los principios morales que consideramos aplicables. Sin embargo, aún con estos límites, la imagen del razonamiento práctico que obtenemos permite la subsunción de casos individuales en pautas generales y deja un razonable espacio para la articulación y la consistencia de las decisiones. Esta concepción del razonamiento práctico vale, en mi opinión, tanto para la moral cuanto para el derecho.

Quiero decir, para terminar, que me complacería que las ideas presentadas aquí sean sólo un desarrollo de la concepción aristotélica de la deliberación práctica, de la *frónesis* aristotélica.³⁷ El cómo y el por qué deberán, me temo, aguardar a otra ocasión.

REFERENCIAS

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio (1971): *Normative Systems*, (New York-Wien: Springer).

ALEINIKOFF, T. Alexander (1987): 'Constitutional Law in the Age of Balancing' *Yale Law Journal* 96: 943-1005.

ALEXY, Robert (1986): *Theorie der Grundrechte*, (Frankfurt: Srukham),

--- (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).

--- (2002a): 'Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*', trad. de C. Bernal, *Revista española de Derecho Constitucional*, 22, n. 66: 13- 64.

---: (2002b). *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press.

--- (2003a): Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris* 16: 131-140.

--- (2003b): On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris* 16: 433-449.

--- (2005): Balancing, Constitutional Review, and Representation. *International Journal of Constitutional Law* 3: 572-581.

³⁷ En la línea, por ejemplo, del cap. 6 de WIGGINS 1987 o del cap. 10 de NUSSBAUM 2001.

- (2018): Proportionality, Constitutional law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak. *International Journal of Constitutional Law* 16: 871-879.
- (2020): Dos objeciones de Luigi Ferrajoli a la teoría principialista de los derechos fundamentales. *Revista Cubana de Derecho*. 1(2): 39-52.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan (1996): *Las piezas del Derecho* (Barcelona. Ariel).
- (2000): 'Rules and Principles Revisited', *Associations*, 4: 147-156.
- BARAK, Aharon (2012): *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2017): 'A Critical Review of Alexy Regarding the Relationship Between Constitutional Rights as Principles and the Theory of Proportionality', en Martin Borowski, Stanley L. Paulson und Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.) *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*. Tübingen: Mohr Siebeck, 347-357.
- BAYÓN, Juan Carlos (2001): '¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico', *Doxa* 24: 35-62
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- CELANO, Bruno (2007) : 'Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità : il modello triadico', *Ragion Pratica*, 1 (giugno) : 133-150.
- DANCY, Jonathan (1993): *Moral Reasons* (Oxford: Basil Blackwell).
- (1999): 'Defending Particularism', *Metaphilosophy* 30: 24-32.
- (2000): *Practical Reality* (Oxford: Oxford University Press, 2000).
- (2001): 'Moral Particularism', Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2001 edition), <http://plato.stanford.edu/archives/sum2001/entries/moral-particularism/>
- (2004): *Ethics without Principles*, (Oxford: Oxford University Press).
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire*, (Cambridge, Mass., Harvard University Press).
- ENDICOTT, Timothy (1998): 'Herbert Hart and the Semantic Sting', *Legal Theory* 4: 283-301.
- FERRAJOLI, Luigi (2001): *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta).

--- (2015): 'Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy'. *Rivista di filosofia del diritto*, IV, 1: 37-52.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007a): 'El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica' en R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, ed. a cargo de Ricardo García Manrique, (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007), cap. VII.

--- (2007b): '¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007, e 25 de abril de 2007', *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*, (Lima), 2, n.8: 619-627.

GUASTINI, Riccardo (1998a): 'Principi di Diritto e discrezionalità giudiziale', *Diritto Pubblico*, 651-659.

--- (1998b): *Teoria e dogmatica delle fonti* (Milano: Giuffrè).

--- (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. castellana de J. Ferrer, (Barcelona: Gedisa).

HABERMAS, Jürgen (1992): *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, (Madrid: Trotta).

HARE, R. M. (1952): R.M. *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press).

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces* (Madrid: Marcial Pons, 2005)

HOLTON, Richard (2002): 'Principles and Particularisms', *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. 76: 191-210.

HURLEY, Susan (1989): *Natural Reasons*, (Oxford: Oxford University Press).

--- (1990): 'Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent'. *Oxford Journal of Legal Studies*, 10: 221-255

KANT, Immanuel (1989): *La metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina Ors y J. Conill Sancho, (Madrid: Tecnos).

LOMBARDI VALLAURI, Luigi (2001): *Nera luce. Saggio su cattolicesimo e apofatismo* (Firenze: Lettere).

McDOWELL, John (1998): *Mind, Value, and Reality* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

McNAUGHTON, David (1988): *Moral Vision*, (Oxford: Oxford Blackwell).

McNAUGHTON, David; RAWLING, Piers (2000): 'Unprincipled Ethics' en H HOOKER, Brad; LITTLE, Margaret (eds.) (2000), *Moral Particularism* (Oxford: Oxford University Press).

MORESO, José Juan (2002): 'Conflitti tra principi costituzionali', *Ragion Pratica* 18: 201-221.

--- (2004): 'Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales' en BETEGÓN, Jerónimo; LAPORTA Francisco; PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO SANCHÍS, Luis (comps.) (2004): *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

--- (2005a): 'Positivismo giuridico e applicazione del diritto', *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35: 225-244.

--- (2005b): 'Cristina Redondo su ragione e norme', *Ragion Pratica*, 2 (dicembre): 491-506.

--- (2012): 'Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism', *Ratio Juris*, 25 (1): 31 – 46.

--- (2017a): 'Atienza: dos lecturas de la ponderación' en Josep Aguiló Regla, Pedro P. Grández Castro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (Lima: Palestra, 2017): 205-220.

--- (2017b): 'Moral Complications and Legal Structures', en Martin Borowski, Stanley L. Paulson und Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.) *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, Robert Alexys System*, (Tübingen: Mohr Siebeck), 359-374.

--- (2020): 'Towards a Taxonomy of Normative Defeaters', en S. Berteia (ed.), *Contemporary Perspectives on Legal Obligation*, (London: Routledge, 2020), pp. 173-186.

NUSSBAUM, Martha C. (2001): *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, 2 edition, (Cambridge: Cambridge University Press).

RICHARDSON, H. S. (1990): 'Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems', *Philosophy and Public Affairs* 19: 279-310.

RODRÍGUEZ, Jorge L.(2000): 'Axiological Gaps and Normative Relevance' *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 86: 151-167.

RODRÍGUEZ, Jorge L.; SÚCAR, Germán (1998): 'Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho' en *Analisi e Diritto* 1998, 277-305.

ROSS, W.D. (1930): *The Right and the Good* (Oxford: Oxford University Press).

SCANLON, Thomas (2000): 'Intention and Permissibility', *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. 74: 301-317.

SHAFER-LANDAU, Russ (1995): 'Specifying Absolute Rights', *Arizona Law Review*, 37: 209-225.

SINNOT-ARMSTRONG, Walter (1999): 'Some Varieties of Particularism', *Metaphilosophy*, 30: 1-12.

VÄYRYNEN, Pekka (2006): 'Moral Generalism: Enjoy in Moderation', *Ethics* 116: 707-741.

WIGGINS, David (1987): 'Deliberation and Practical Reason' en D. WIGGINS, *Needs, Values, and Truth. Essays in the Philosophy of Value* (Oxford: Basil Blackwell, 1987).

ESTRATEGIA DE IA EN EL MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA

ANTONIO MANUEL PAREDES TORRES³⁸

AI STRATEGY AT THE SPANISH MINISTRY OF JUSTICE

Resumen

Haremos un recorrido, en materia de Inteligencia Artificial, llevada a cabo por el actual Ministerio de Presidencia, Justicia, y Relaciones de España con las Cortes, desde el año 2019 hasta el actual marco tecnológico, donde los sistemas se adaptan a los más recientes avances de la Inteligencia Artificial Generativa.

Palabras claves: Inteligencia artificial, tecnología, avances, inteligencia artificial generativa

Abstract

³⁸ Ingeniero, responsable desde hace 10 años del Laboratorio de Innovación dentro del Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes en España -Subdirección General de Impulso e Innovación de los Servicios Digitales de Justicia. Funcionario de carrera desde el año 1994 ha desempeñado diferentes funciones, siempre dentro del Ministerio de Justicia Español y en el ámbito tecnológico, lo que se deriva en una formación en múltiples disciplinas técnicas del área tecnológica. Condecorado en el año 2019 con la Cruz Sencilla de San Raimundo de Peñafort³⁸, por los servicios desempeñados en el Ministerio de Justicia Español, ha participado en varios encuentros tecnológicos, impartido cursos de formación y colaborado en otros de manera presencial y virtual. En la actualidad se encuentra impulsando diversas iniciativas de Inteligencia Artificial para la Transformación Digital de la Justicia dentro de su organización.

We will take a tour, in terms of artificial intelligence, carried out by the current Ministry of Presidency, Justice and Relations of Spain with the Cortes, from 2019 to the current technological framework, where systems adapt to the most recent advances in intelligence Generative artificial.

Keywords: Artificial Intelligence, technology, advances, generative artificial intelligence

Introducción

Los seres humanos estamos embarcados en continuos procesos de transformación, especialmente en el aspecto digital. En los últimos tiempos se ha evolucionado en múltiples vías: la revolución de Internet, las redes sociales, la digitalización masiva de los contenidos, la creación de monedas digitales, y cómo no, la inteligencia artificial (IA en adelante). Cambios continuos y vertiginosos que como un tsunami penetran en nuestras vidas y debemos aprender a manejar a tiempo, para no sucumbir ante ellos.

La IA está acaparando la atención de cada uno de los aspectos en los que es aplicada:

- Creación de contenidos (musicales, de imagen, de video, de texto).
- Automatización en las clasificaciones de visión por computadora (reconocimiento de tumores o lesiones por computadora, de situaciones de peligro como en los sistemas de alarma).
- Elementos de ayuda o en toma de decisiones (conducción asistida / conducción autónoma).
- Y, prácticamente, la extensión a todos los ámbitos de la vida serán, poco a poco, poblados por aplicaciones que, faciliten, ayuden, o sustituyan, las actividades que hasta hace poco estaban reservadas a los seres humanos.

La Justicia al igual que cualquier otra actividad, es uno de los ámbitos en los que van a aplicarse. De hecho, ya empezamos a aplicar cambios y adaptaciones condicionados por el apoyo que nos presta la IA. Queda desde luego en nuestra responsabilidad, el buscar que las aplicaciones y beneficios que nos preste, no minusvalore aspectos como el derecho a una tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, así como cualquier otro relativo a la protección de los derechos fundamentales de la persona, o los relativos a la protección de los datos personales. Todos estos aspectos éticos están siendo debatidos de manera amplia en diferentes foros, y ya empiezan a ver la luz las primeras regulaciones que, tratan de determinar situaciones, riesgos, y, cuáles serán los modos autorizados para su aplicación.

Estrategia inicial

En el año 2019, dentro del Ministerio de Justicia de España, comenzamos a diseñar una estrategia basada en *Machine Learning*, con la que pretendíamos abordar una serie de casos de uso que detallaré más adelante.

En aquel momento establecimos una metodología de trabajo en la que, mediante la composición de un equipo multidisciplinar de personas, realizamos las siguientes actividades: selección de muestras con dispersión geográfica y temporal, construcción de datasets completamente supervisados, entrenamiento de modelos, validación humana de su funcionamiento y, finalmente, la construcción de servicios de backend con la finalidad de realizar la integración de aplicaciones.

El equipo humano ha estado compuesto de numerosos perfiles: expertos en derecho, administrativos, lingüistas, científicos de datos, analistas, programadores, arquitectos de infraestructuras y, personal de dirección y estrategia. Dicha estrategia sigue vigente a día de hoy y, continuamos trabajando en ella.

Resiliencia de la estrategia

Cómo no, en todo proyecto hay que contemplar una capacidad de resiliencia. Máxime en estas tecnologías tan emergentes, hay que estar continuamente contemplando aquéllos nuevos aspectos que surgen y que pueden suponer grandes saltos y avances.

Así, tras la aparición en el 2022 de la denominada IA Generativa y la continua profusión de modelos (LLM) surgidos alrededor de la misma, hemos tenido que adaptar la estrategia, para aplicar modelos de IA Generativa en aquellos aspectos que consideramos que su aplicación puede ser beneficiosa.

Los modelos de IA Generativa se caracterizan por estar contruidos con ingentes cantidades de información de procedencia muy diversa, y que incluso, permiten la traducción entre idiomas. Esto la dota de una gran potencia, en cuanto a que la información que tiene es muy diversa, pero, la dota de otra cualidad que nos limita, ya que no sabemos con qué información ha sido construida, y si, dicha información, ha podido contener algún tipo de sesgo en su selección.

De este modo, conservamos toda la estrategia basada en *Machine Learning*, para aquellos modelos que consideramos deben de poder explicar los resultados que ofrecen (por ejemplo, por qué un documento se cataloga como una sentencia o de otro modo). Mientras que aplicamos IA Generativa para aquellas casuísticas en las que la explicación no es tan exigible, sino que, lo que se busca, es la obtención de un resultado generalista, que precisa de una gran alimentación de información (por ejemplo, la elaboración de un resumen de un documento).

Clases de servicios y aplicaciones

Si clasificamos los servicios que actualmente tenemos desarrollados (o en vías de desarrollo), en función de su finalidad, tenemos:

- Servicios para la protección de la información.
- Servicios para la automatización de las aplicaciones y el trabajo con los documentos.
- Servicios para un mejor entendimiento de los documentos.

Servicios para la protección y transformación de la información:

- ✓ Anonimizado de documentos: dado un documento cualquiera, el servicio es capaz de identificar dónde aparecen los nombres, apellidos y datos en general de cualquier persona física, permitiendo censurar o sustituir dichos datos por otros que no tengan relación con ella.
- ✓ Traducción de documentos: incluimos en protección de la información este servicio, ya que, existe una gran tendencia (por su facilidad) al uso de webs externas a la organización para la traducción de documentos. Disponer de un servicio de traducción, permite asegurar que dicha información queda en la esfera del control de la organización, dotando a las aplicaciones de capacidades de traducción sin tener que acudir a medios externos.
- ✓ Textualización de vistas judiciales: las vistas judiciales constituyen las actas de las mismas. Poder obtener una transcripción o textualización de ellas, en formato de subtítulos, es un paso necesario para lograr ampliar.
- ✓ A las mismas funciones como la búsqueda de términos, la localización de hablantes, o simplemente obtener una copia en formato texto de lo dicho en ellas.

Servicios para la automatización de las aplicaciones y el trabajo con los documentos:

- ✓ Servicios de clasificación: es muy habitual que los documentos sean clasificados según su contenido de muy diversas formas.

Podemos clasificar un documento según el orden jurisdiccional al que va dirigido (civil, penal, laboral, contencioso); los podemos clasificar según clases preestablecidas (demandas, escritos de recusación, sentencias, acuses de recibo, ...); los podremos clasificar según la materia que tratan (familia, reclamaciones, herencias, ...). Es decir, existen muchos modos de clasificar, y habitualmente, las aplicaciones de gestión hacen uso de estas para realizar los trámites que les son propios. Cuando queremos automatizar dichas tramitaciones, necesitamos conocer estas clases, es por ello que, o bien vienen dadas (por ejemplo, con entregas basadas en formularios), o bien hay que descubrirlas mediante estos sistemas de IA con entrenamientos de *Machine Learning* en dichas clasificaciones.

- ✓ Servicios de extracción de intervinientes: los documentos están repletos de información (nombres, domicilios, identificadores, etc ...), localizar dicha información, relacionarla entre sí, y trasladarla a los sistemas para que no haya que extraerla manualmente, es otro de los hitos que a día de hoy ya abordamos y que seguimos perfeccionando.
- ✓ Servicios de extracción de información relevante: los documentos están repletos de información relevante (fechas, cuantías monetarias, cuentas bancarias, etc).
- ✓ Localizar dicha información, y poder establecer relaciones a través de ella entre distintos documentos del expediente, permitirá acelerar las tareas de investigación e instrucción que hasta ahora se realizan manualmente.
- ✓ Servicios de extracción de información legal: los documentos jurídicos hacen normalmente referencia a normas, leyes locales, nacionales e internacionales. Poder extraer todas aquéllas que se están referenciando en un documento, es un avance para el profesional que ha de tratarlo, que puede encontrar de un modo rápido aquello que puede estar buscando en una segunda lectura. Pudiendo obtener de un modo rápido la norma que es argumentada en el documento.

Servicios para un mejor entendimiento de los documentos:

- ✓ Servicios de resúmenes de documentos para el profesional. Son resúmenes de carácter extractivo, que permiten al profesional obtener un porcentaje del texto del documento (a su elección), que contiene el texto con *score* más relevante, del clasificado realizado mediante un sistema de IA. Los textos extractivos son fieles al original, no se aplica en este caso IA Generativa.
- ✓ Servicios de resúmenes de documentos en lenguaje sencillo orientado al ciudadano. Son resúmenes realizados mediante IA Generativa, en los que se pide mediante un prompt que se simplifique el lenguaje empleado y que no haga uso de terminología jurídica compleja.
- ✓ Servicios de escritura en lenguaje claro. Es un caso parecido al anterior, pero en vez de solicitar que se realice un resumen, se induce al sistema para que se haga una reescritura íntegra del documento, pero en un lenguaje más comprensible. Es realizado mediante IA Generativa, pero su resultado es evaluado mediante un algoritmo que mide la complejidad de las palabras empleadas y de las frases construidas, lo que permite re-afinar en caso necesario el resultado ofrecido por la IA Generativa mediante técnicas de segmentación de los contextos.
- ✓ Servicios de escritura en lenguaje fácil. Para aquellos casos en los que uno de los intervinientes es una persona con capacidades intelectuales especiales, se realizan mediante procesos de *Machine Learning*, identificación de etiquetados predefinidos, que da lugar a la construcción de documentos anexos, que, mediante pictogramas y explicaciones muy sencillas y ejemplificadas, pueden ayudar a las personas pertenecientes a estos colectivos a entender lo que se les da traslado en los documentos judiciales.

Fairness, Accountability and Transparency

Para cumplir con los principios de justicia, rendición de cuentas y transparencia, nuestro proyecto publica de modo continuo un documento que contiene:

- ❖ Registro de integrantes del equipo (preservando su identidad).
- ❖ Registro de las entregas de algoritmos.
- ❖ Registro de los datos empleados para las entregas.
- ❖ Registro de aplicaciones integradas.
- ❖ Registro de los sesgos identificados.
- ❖ Categorías de los sistemas de información

Pueden encontrar el documento en:

<https://www.mjusticia.gob.es/es/JusticiaEspana/ProyectosTransformacionJusticia/Documents/07052024Transparencia%20de%20los%20medios%20empleados%20en%20la%20construcci%C3%B3n%20de%20algoritmos%20de%20inteligencia%20artificia.pdf>

Conclusión

Esto es solo el comienzo de lo que en los próximos años se logrará. Como podemos ver, la IA empieza a penetrar en las actividades que se desarrollan en la Justicia, sin que por ello el ser humano pierda el control del proceso. Eso sí, todo esto ha de ser ejercido de manera ética y responsable.

Los trabajos han de centrarse en ámbitos variados, se ha de cubrir las grandes automatizaciones y números que todas las organizaciones queremos mejorar, y, las mejoras a pequeños colectivos que no debemos dejar atrás y que pueden aprovecharse también de todos estos avances. En cualquier caso, se ha de tener siempre en el centro como visión el objetivo principal, que es la mejora del servicio público hacia el ciudadano, protagonista indudable de nuestro sistema de Justicia.

EL FUERO POLÍTICO EN MÉXICO Y COLOMBIA: UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE SU IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CELINA HERNÁNDEZ ARMENTA³⁹

THE POLITICAL IMMUNITY IN MEXICO AND COLOMBIA: A COMPARATIVE ANALYSIS OF ITS IMPACT ON PUBLIC ADMINISTRATION

Resumen

El fuero constitucional, conocido también como fuero político, es una figura jurídica que protege a ciertos funcionarios públicos de procesos judiciales inmediatos, con el fin de garantizar la independencia y la estabilidad de sus funciones. Históricamente, este concepto ha variado en su interpretación y aplicación, siendo visto como una inmunidad necesaria para la protección del trabajo legislativo, en algunos casos, criticado como un mecanismo de impunidad. Este artículo explora la evolución del fuero constitucional en México y en Colombia, analizando su relevancia actual, las controversias que lo rodean, más sus

³⁹ Licenciada en Derecho por parte de la Universidad Autónoma de Guerrero, Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Contacto: nalice1987@hotmail.com. Su carrera profesional incluye experiencia laboral en el área judicial, donde ha trabajado como Auxiliar Administrativo en el Juzgado Segundo Familiar del Distrito Judicial de Tabares en Acapulco, Guerrero, y como Auxiliar de Secretaría de Acuerdos y en la Secretaría de Proyección de Sentencias. Además, ha ejercido como abogada postulante. En el ámbito político, ha ocupado el cargo de secretaria ejecutiva de Presidencia del Comité Directivo Estatal del Partido Acción Nacional.

implicaciones para la administración pública, al igual que, la lucha contra la corrupción. A través de un análisis comparativo, se destacan las similitudes como las diferencias en la implementación y efectos del fuero político en ambos países, proporcionando una perspectiva crítica sobre su futuro, como también, la necesidad de reformas que garanticen una mayor transparencia y responsabilidad en el ejercicio del poder público.

Palabras claves: Fuero político, administración pública, rendición de cuentas, corrupción.

Abstract

The constitutional privilege, also known as political privilege, is a legal concept that protects certain public officials from immediate judicial processes to ensure the independence and stability of their duties. Historically, this concept has varied in interpretation and application, being seen as necessary immunity for legislative protection and, in some cases, criticized as a mechanism for impunity. This article explores the evolution of the constitutional privilege in Mexico and Colombia, analyzing its current relevance, the controversies surrounding it, and its implications for public administration and the fight against corruption. Through a comparative analysis, the article highlights the similarities and differences in the implementation and effects of political privilege in both countries, providing a critical perspective on its future and the need for reforms to ensure greater transparency and accountability in the exercise of public power.

Keywords: Political jurisdiction, public administration, accountability, corruption.

1.1. Introducción

El fuero constitucional o comúnmente conocido como fuero político es una figura que tiene vigencia y relevancia especial en la administración pública, es concebida y entendida de distintas maneras, es decir, como prerrogativa, inmunidad, privilegio, impunidad, entre otras acepciones, en este punto se abordarán algunas de ellas.

De acuerdo con Gamboa Montejano & Valdés Robledo (2017, p.3-7) el fuero constitucional tiene sus orígenes en Europa en específico en los países de Inglaterra y Francia en los años 1789, en España en 1810, como prerrogativa para la protección del trabajo, en Estados Unidos desde 1787, en México su aplicación se contempla con la Constitución de Cádiz de 1812, y aparece como tal hasta 1977 la figura de fuero constitucional, en 1982 se le sustituye por la declaración de procedencia que conservaba la esencia del fuero.

En el Diccionario Español de México, se indica que, el fuero constitucional se entiende como inmunidad procesal asignada a ciertas personas en razón del cargo (Colegio de México, s.f.). También, es considerado como el régimen de inmunidad del que gozan actualmente sólo determinados grupos de funcionarios públicos, por otro lado, a nivel federal, abarca tanto la inviolabilidad como la inmunidad procesal (María Amparo Casar Pérez, Janet de Luna Jiménez, Víctor D. Aguilar Méndez, & Ricardo Alvarado Andalón, 2017, p. 14).

Esto es, que el fuero se debe entender como prerrogativa de inmunidad e inviolabilidad política, parlamentaria y procesal que tienen los servidores públicos en el desempeño de su cargo, empleo o comisión. Por lo que es muy difícil que alguno de ellos sea castigado, si durante su cargo cometen algún tipo de delito. El fuero político es una figura muy arraigada en diversos países latinoamericanos, en México se vislumbra su génesis en la constitución de Cádiz de 1812, que se ha impregnado en el sistema constitucional, político, así como en la administración pública actual.

1.2. Objetivos y justificación histórica

El fuero tiene una larga historia tanto en México como en Europa, es importante destacar la importancia del fuero constitucional o político y los objetivos de esta figura, así como cuáles fueron las razones de su creación y justificación, para ello se indica que:

“Entre sus orígenes el objetivo principal de la inmunidad parlamentaria o fuero (como se le conoce popularmente en México) era el de proteger al recinto legislativo y su funcionamiento de los caprichos del Ejecutivo y el poder de los órganos judiciales; en la práctica, ha implicado que los legisladores, como individuos, adquieran una protección especial a la que el resto de los ciudadanos no tienen acceso...al ser una prerrogativa utilizada para una minoría de ciudadanos y un freno del proceso legal, el fuero marca una profunda diferencia en el acceso a la justicia que existe para el resto de los ciudadanos, el fuero (o declaración de procedencia), se constituye en una inmunidad procesal a la que tienen derecho ciertos funcionarios públicos que sirve como freno o escudo protector ante acusaciones que podrían entorpecer o poner en riesgo la labor del acusado (María Amparo Casar Pérez, Janet de Luna Jiménez, Víctor D. Aguilar Méndez, & Ricardo Alvarado Andalón, 2017).”

Como se puede observar, el fuero tiene gran trascendencia en la labor política, así como en los poderes legislativos, ejecutivo y judicial. Se enfatiza, en la independencia y en el equilibrio del poder público en México, donde senadores y diputados gozan de cierto privilegio o inmunidad al momento de ostentar un cargo público, el cual no debe verse truncado o afectado por la injerencia del presidente de la república, donde el poder judicial tampoco puede intervenir para investigar o sancionar a una persona que tenga la calidad específica de servidor público, así el fuero les dota de cierto privilegio que no tiene el resto de las personas.

Otro objetivo, de esta figura, es dotar de independencia y libertad necesaria a los legisladores en el ejercicio de sus encargos, por sus

opiniones y votos emitidos dentro y fuera de los recintos (Secretaría de Gobernación, s.f). Se reitera la independencia y libertad legislativa de los diputados y senadores de sus opiniones y votos que pudieran emitir dentro de su encargo político.

El fuero fue considerado como una garantía del buen funcionamiento del poder legislativo, que luego se extendió a los altos funcionarios de los demás poderes del Estado, incluyendo a los Organismo Constitucionales Autónomos, este privilegio se ha convertido con el tiempo en un escudo que han utilizados malos funcionarios para abusar y delinquir (Garmendia Cedillo 2017, p.178). El fuero, aparte de señalarse como escudo también se convierte en una garantía de protección de los diputados y senadores, que con el tiempo, de forma progresiva, se convirtió en garantía de protección para el presidente de la república, entre otros funcionarios. Lamentablemente desde hace años, se ha hecho mención de la degradación o abuso que ha sufrido el fuero constitucional, no solo en México sino también en otros países como lo es Colombia, donde también existen graves situaciones de corrupción, impunidad, transparencia como rendición de cuentas en las que se han visto envueltos servidores públicos de alta jerarquía y con ellos manchando la administración pública colombiana.

Tal como se mencionó antes, la autora Garmendia Cedillo (2017, p.181) cita lo señalado por Ignacio Burgoa, en su obra *Derecho constitucional mexicano*, indicando que el fuero constitucional que se ha extendido a otros funcionarios, señalado en la misma constitución, con la finalidad no tanto en proteger a la persona del funcionario, sino, en mantener el equilibrio entre los poderes del Estado, para posibilitar el funcionamiento normal del gobierno institucional dentro de un régimen democrático.

Para Gamboa Montejano & Valdés Robledo (2017,9-11) el fuero constitucional implica, inmunidad parlamentaria. Suele conocerse como privilegio (citando al Diccionario de Términos Parlamentarios, 2004). Finalmente, el fuero se traduce en inmunidad parlamentaria implicando una protección de carácter procesal penal, por la comisión de un delito en el caso de legisladores, de igual forma, la inmunidad parlamentaria implica la no inviolabilidad sobre sus discursos u opiniones

durante su encargo, los excluye de responsabilidad, de la no sancionabilidad, de no imponerles una sanción ya sea política, administrativa o de carácter penal durante su encargo, salvo excepciones de flagrancia. La no responsabilidad, no someterlos a procesos, investigaciones, detenerlos o arrestarlos en su encargo político. También se puede decir que implica la no inmovilidad, no moverlos del cargo, salvo excepciones que determine la ley de la materia. Diputados, Senadores, presidente de la república, entre otros, funcionarios gozan de estas prerrogativas que se derivan del fuero político o constitucional en México, sin temor de consecuencias o sanciones.

1.3. Importancia del estudio comparativo

Es importante analizar y conocer la importancia que reviste al fuero constitucional del que gozan algunos actores políticos, así como las desventajas que se representan por sus efectos o impactos, que tienen en la Administración Pública del Estado. Por ello, se analiza la regulación que tiene Colombia en cuanto al fuero constitucional, se harán ver las similitudes y diferencias con México. Observar su importancia o desventajas que puede tener el fuero como figura constitucional, protectora de altos funcionarios públicos y ver los retos a los que se han enfrentado ambos países con esta figura.

1.4 El fuero constitucional o político en México

Una de las primeras constituciones, que se considera génesis del fuero constitucional o político en México, es la Constitución de 1812 o Constitución de Cádiz, es un instrumento constitucional histórico que contempla la figura del fuero, e indica que, en los casos civiles y criminales existía un solo tipo de fuero para todos, sin distinción alguna, sin embargo, existían dos excepciones a la regla general, que eran para los agentes de la iglesia o eclesiásticos, los cuales tenían que ser juzgados por tribunales eclesiásticos. También gozaban de fuero los militares, que

debían ser juzgados por tribunales militares. Esto se puede apreciar muy bien en sus los artículos 248, 249 y 250.

La Constitución de 1917 o Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), vigente, en su artículo 13 dispone que ninguna persona o corporación debe gozar de fuero, creando una excepción a la regla general, en cuanto, a que subsiste el fuero de guerra que tiene que ver con la disciplina militar, por lo que este debe conocer de los delitos y faltas de los militares o personal castrense.

Otras excepciones a la regla general se observan en el artículo 61 de la CPUM, donde señala que los diputados y senadores gozan de inviolabilidad en cuanto a sus opiniones, que manifiestan en el desempeño de sus cargos y jamás podrán ser reconvenidos por ellas, así también, el recinto donde sesionen debe ser inviolable.

Por su parte el artículo 110, dispone quiénes son los servidores públicos que podrían ser sujetos a juicio político, tanto a nivel federal como de las entidades federativas, entre ellos están los senadores y diputados, ministros y ministras de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, el Fiscal General de la República, entre otros más.

Las sanciones que se pueden imponer son: destitución del servidor público e inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

Por otro lado el artículo 111 señala que para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, así como el consejero Presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes, en sesión, si se procederá o no en contra.

Si la decisión de la Cámara es no proceder, se suspenderá todo procedimiento ulterior, sin que sea un obstáculo para que se realice una investigación e imputación con posterioridad, cuando el servidor público haya concluido el ejercicio de su encargo; de ser afirmativo el proceder del servidor público, quedará a disposición de las autoridades que corresponda.

El artículo 108 constitucional señala que los servidores públicos serán responsables por los actos y omisiones en que incurran en el desempeño de sus funciones. Así también, indica que el presidente de la república podrá ser imputado y juzgado por traición a la patria, hechos de corrupción, delitos electorales y todos aquellos delitos por los que podría ser enjuiciado cualquier ciudadano o ciudadana. En cuanto hace al presidente de la república, el artículo 111 constitucional, constriñe a que solo podrá ser acusado ante la Cámara de Senadores, observando lo que dispone el artículo 110 del mismo orden jurídico, que versa sobre el juicio político, por lo que la Cámara del Senado resolverá tomando en cuenta la legislación penal.

Otras disposiciones que contempla el fuero, se encuentran en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y los artículos 6 y 7 del Reglamento del Senado de la República.

2. Casos que involucran el fuero político o constitucional en México

En México, tan solo por mención de algunos casos que han sido controvertidos, se encuentran los siguientes: En algunos de ellos ni siquiera se ha iniciado una investigación, en otros se ha iniciado, pero no prosperó, al grado de absolver al servidor público, otros como el caso de Cesar Duarte donde se le impuso una pena muy baja y una multa irrisoria, que no representa un caso de recuperación de activos para la hacienda pública, mucho menos, representan un proceso de disuasión para que otros servidores se apeguen a la ley y no se aparten de ella.

CASO	CARGO PÚBLICO	DESCRIPCIÓN	CONSECUENCIA	PERDIDAS	SANCIÓN IMPUESTA
Manuel Bartlett Díaz. La Nación (2022).	Ha fungido como Senador y secretario de Gobernación en la presidencia de Manuel de la Madrid. Posteriormente director de la Comisión Federal de Electricidad, donde también se le señala por actos ilícitos en el Gobierno de Manuel López Obrador	Ha sido señalado con vínculos al narcotráfico, actos de corrupción, abuso de poder. Señalado como artífice de fraude electoral de 1988, como secretario de la SEGOB. Siendo Salinas de Gortari presidente lo nombró secretario de la Secretaría de Educación Pública, lo impulso a ser Gobernador de Puebla, el PRI lo hizo Senador de 2000-2006(Hernández, 2022)	Ninguna consecuencia penal, política, económica o patrimonial	No cuantificados	A pesar de que se le ha señalado por distintos cargos ilícitos, hasta el momento no ha enfrentado ningún tipo de responsabilidad, se indica que se puede deber a la gran fortuna que ha amasado y al fuero político como servidor público
José Luis Velázquez Guillen, miembro de las fuerzas armadas (Gallegos, 2021)	José Luis Ramón Velázquez Guillen. Crimen Organizado	Involucrado en tráfico de armas que se donaban a la SEDENA y que terminaban en manos del crimen organizado, cuando fue titular del Registro Federal de Armas de Fuego y Control de Explosivos en el gobierno de Felipe Calderón	No fue desaforado	No cuantificados	Solo fue amonestado por el Órgano Interno de Control de la SEDENA
De acuerdo con TOJIL, Caso	Durante su cargo como gobernador de Veracruz	Vinculado a proceso por lavado de dinero y delincuencia	Durante su cargo no fue desaforado lo que le	Señalado por el desvío de 3 mil 616 millones de	9 años de prisión y 58 mil pesos de multa, sin

Duarte Ex Gobernador de Veracruz		organizada, posteriormente lo reclasificaron a asociación delictuosa la cual tiene una pena menor.	permitió continuar con sus actividades ilícitas, fue capturado con posterioridad	pesos del horario público	reparación del daño al buen manejo de lo público
Eduardo Medina Mora (Animal político, 2019)	Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	Investigado por presunto lavado de dinero en el gobierno de Enrique Peña Nieto. También se señaló que sus resoluciones como ministro permitió el desbloqueo de cuenta que estaban relacionadas con actos como trata de personas, narcotráfico y corrupción	El renuncio a su cargo como ministro	No cuantificados	Renuncio a su cargo antes de cualquier proceso de desafuero o proceso penal, su renuncia le permitió evitar cualquier tipo de proceso mientras estaba en funciones como ministro de la SCJN

Fuente. Elaboración propia, 20 de julio de 2024.

3. Implicaciones del fuero político en la rendición de cuentas de la administración pública mexicana

Todos los servidores públicos, con independencia de que cuenten con fuero político o constitucional, están obligados a rendir cuenta de sus actos durante su cargo o comisión, existe legislación extensa para garantizar la rendición de cuentas y asegurar que no se abuse del cargo o poder conferido, es decir, las leyes pueden obligar a los gobernantes a informar de sus actos, pero si resulta difícil comprobar esa información o si las sanciones en caso de incumplimiento son de difícil aplicación, el sistema de rendición de cuentas será ineficaz (Ugalde, 2020). Se puede observar en las penas de los delitos por hechos de corrupción, son penas

muy laxas, donde no representan una amenaza por la comisión de esos delitos y donde el fuero también se vuelve un obstáculo para la aplicación de sanciones penales, incluso de otra naturaleza.

La CPEUM en sus artículo 73 XXIV, establece las facultades de la Auditoría Superior de la Federación en cuanto a gestión, control y la evolución de los poderes de la unión y de los entes públicos federales, también, autoriza expedir la ley general que estable las bases del Sistema Nacional Anticorrupción. En este sentido la Ley de Fiscalización y rendición de cuentas de la Federación, señala en su artículo 9, que los entes públicos, incluyendo los servidores públicos, de cualquier entidad, sea persona física o moral, pública o privada, etc. que reciban o manejen recursos públicos federales o participaciones federales, deberán proporcionar a la Auditoría Superior de la Federación, la información o documentación que solicite para realizar sus auditorías e investigaciones.

De igual forma, la ley General de Responsabilidades Administrativas para los Servidores públicos en sus artículos 32 y 46, indica, que todos los servidores públicos están obligados bajo protesta a decir la verdad, con respecto a presentar su declaración patrimonial y de intereses. Deben realizar una declaración inicial, una declaración de modificación y una declaración de conclusión con motivo del cargo.

Pero antes, se puede conceptualizar a la rendición de cuentas de acuerdo con la Comisión de Rendición de Cuentas del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (s.f.), como el deber que tienen las instituciones públicas que administran recursos públicos, de informar, justificar y explicar, ante la autoridad y la ciudadanía, sus decisiones, funciones y el uso de los fondos asignados, así como los resultados obtenidos. En México, esta obligación de rendición de cuentas aún sigue en la opacidad, son pocos los casos donde se ha sancionado a servidores públicos por desvió o mal uso de los recursos públicos, en algunos, ni siquiera se les ha iniciado una investigación ni política, administrativa o penal.

De acuerdo con lo anterior, sin excepción alguna, todas las instituciones, las personas físicas o morales, como los servidores públicos de la nación deben cuentas de su servicio en el desempeño de su cargo, empleo o comisión, esto es, que ni el fuero político o constitucional deben transformarse en una barrera, para evitar que, las personas que ostentan un cargo público no rindan cuenta de la forma en cómo, por qué y para qué realizaron u omitieron acciones, donde sus ingresos no coincide con su declaración patrimonial amasando fortunas exorbitantes, por lo que deben justificar ese aumento y el empleo de los recursos públicos. Los servidores públicos deben rendir cuentas a sus gobernados, en toda realización de actos con el desempeño de su función. La rendición de cuentas representa un elemento imprescindible para la gobernanza y la consolidación de un estado de derecho sólido.

Lamentablemente en México, la materia de rendición de cuentas, sumando el fuero político con el que confían los servidores públicos, aun se enfrenta a grandes retos, en el sentido de que existen situaciones donde los servidores públicos son señalados por actos contrarios a su cargo o función, al igual, donde son señalados como autores que participaron en actos que constituyen delitos como lavado de dinero o enriquecimiento ilícito. No se les puede procesar, como resultado de la protección constitucional que tienen con motivo del fuero, porque, antes para proceder contra ellos debe mediar una declaratoria de procedencia o desafuero, para poder iniciar una investigación o proceso contra ellos.

En ese sentido, en una democracia con los gobernantes, si la ciudadanía -o sus representantes- decide que su mandatario es en exceso ineficiente para manejar los negocios públicos, lo removerá y sustituirá por otro. Ésa es la llamada responsabilidad política. Si el mandatario en cuestión es descubierto habiendo transgredido la ley o abusando de alguna forma de su poder, entonces, no sólo será destituido sino, además, penalizado conforme lo establezca la propia ley. En tal caso, hablamos de una responsabilidad legal. La rendición de cuentas supone, pues, que un gobernante en cualquier nivel de gobierno podrá ser sujeto de responsabilidad política -removido del poder- o responsabilidad legal -castigado penalmente-. De esa forma, al saber el gobernante que puede

ser removido o sancionado, tendrá mayor cuidado de no tomar malas decisiones o incurrir en abuso de poder (Crespo, s.f.).

El que los servidores públicos conozcan las formas en que se les puede sancionar, ya sea política o penalmente, no siempre resulta favorable para la administración pública, ya que, siguen existiendo casos donde se han cometido transgresiones a su encargo político y han actuado y quebrantado la ley, tal como se indicó con anterioridad en los casos señalados, en el cuadro antes citado, pero lo más lamentable es que, en muchos casos ni siquiera se les inicia algún tipo de investigación y en caso de iniciarse simplemente no prospera.

La doctora Padilla Sanabria (2017) señala que, el fuero constitucional es uno de los obstáculos más prominentes que tiene el Sistema Nacional Anticorrupción, en virtud de que funcionarios de alto rango, durante su encargo político, no podrán ser investigados por el Fiscal Nacional Anticorrupción, a menos que, la mayoría absoluta de la Cámara de Diputados decida desaforarlos, y que a pesar de que se les puede investigar penalmente una vez concluyendo su cargo, se actualizará la prescripción de los delitos en ciertos casos, como lo es el de hechos de corrupción (el enriquecimiento ilícito), antes que someterlos a un proceso penal por los delitos que tienden a prescribir, incluso, antes de que culminen su mandato. Por lo que dicho sistema nacional Anticorrupción se direcciona a funcionarios de rangos menores.

Lo anterior vislumbra que investigar, procesar o sancionar a un servidor público, es posible por la existencia de suficiente normatividad para hacerlo; pero la propia norma los blindo o protege, con procedimientos administrativos o políticos, como el caso del fuero. Aunque exista material probatorio suficiente para proceder en contra de ellos, se retarda dicha actuación, o se les imponen amonestaciones muy laxas, o una pena muy baja, que ni repara el daño ocasionado a la administración pública, y mucho menos se recuperan los activos (donde hay desvíos en millones y solo se les impone una sanción económica simbólica de 20 mil a 50 mil pesos). Ni las multas económicas ni las penas resultan ejemplares para otros servidores públicos. El caso de Cesar Duarte, es un claro ejemplo y el de Bartlett igual. Esto se transforma en erosión de la

confianza pública tanto de las instituciones como de los servidores públicos, incluyendo a todos sin excepción alguna, diputados, senadores, jueces, magistrados, ministros, gobernadores, presidente de la república, etcétera. En México es muy difícil procesar penalmente a servidores públicos de alto rango, mucho menos a un presidente de la república.

3.1 Efectos del fuero político sobre la transparencia y la corrupción en la administración pública de México

La transparencia no es sinónimo de rendición de cuentas, sino un instrumento para alcanzarla, es una característica que abre la información de las organizaciones políticas y burocráticas al escrutinio público, colocar la información en una vitrina pública para que aquellos interesados puedan revisarla y analizarla y usarla como mecanismo para sancionar en caso de existir anomalías (Ugalde, 2020). Aunque, la transparencia como mecanismo que contribuye a la rendición de cuentas no son lo mismo, están íntimamente relacionadas y se convierten en elementos fundamentales para emprender medidas contra la corrupción que se vive en México.

De acuerdo con Transparencia Mexicana (2024) y Transparencia Internacional, México en cuanto a corrupción obtuvo 31 puntos donde 100 es la mejor calificación, ocupando el lugar 126 de 180 países evaluados, esto en cuanto hace a 2023, por lo que se encuentra entre los peores países evaluados de los que integran a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Dimensionar y cuantificar el costo de la corrupción es muy difícil ya que es un fenómeno holístico, que va de lo nacional, estatal o internacional, de lo público a lo privado o viceversa, donde se intersectan factores de distinta naturaleza como son lo político, lo social, lo cultural, lo económico, entre otros, y, mientras se ataca uno de sus males aparecen otros, eso lo convierte en un fenómeno inacabado de difícil erradicación. Según el Banco Mundial la corrupción representa el 9% de Producto Interno Bruto Nacional (PIB), (Deloitte, s.f.).

Conforme a la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG) realizada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) de marzo de 2024, muestra la confianza en las instituciones o actores de la sociedad. El nivel de confianza que reflejan los hombres y mujeres encuestadas, se traduce en lo siguiente:

1. Solo el 56.8% de mujeres y el 61.8 % de hombres confían en el gobierno federal.
2. Solo el 50.5% de mujeres y el 49 .5% confían en los servidores y servidoras públicos.
3. Solo el 49.5% de mujeres y el 50.5% de hombres confían en gobiernos municipales.
4. Solo el 47% de mujeres y el 49.7% de hombres confían en los gobiernos estatales.
5. Solo el 33.8% de mujeres y el 35.3% de hombres confían en la Cámara de Diputados y de Senadores.
6. Solo el 28.5% de mujeres y el 29.3 de hombres confían en los partidos políticos.

Los datos citados muestran que existe una percepción negativa de la confianza en las instituciones de gobierno y de los servidores públicos, se observa una carencia de confianza común en los entes y actores del poder público, lo que erosiona la confianza pública y socaba la eficacia de la administración pública.

Lamentablemente esto se encuentra ligado con los casos de abuso de poder, corrupción, falta de rendición de cuentas, transparencia e impunidad en la que se han visto envueltos por un lado los partidos políticos, que son los peores evaluados como se puede ver en el numero 6), además, de que son las instituciones u organizaciones que proponen a los candidatos que serán nuestros representantes en el congreso, diputados y senadores, estos son los segundos peores evaluados por la sociedad; es decir, la sociedad, en las instituciones que menos confía son los partidos políticos y en los actores que menos confía son los Diputados y Senadores. Entonces, que tan viable es que una sociedad exprese su voluntad para elegir a representantes, que terminan ostentando el poder público y en quienes finalmente no confía, lo cual resulta desafortunado,

ya que de acuerdo con el artículo 41 de la Constitución Federal los partidos políticos son entidades de interés público, que tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática del país, entre otros fines. Pareciera, que se debe replantear si los partidos políticos aun cumplen o no el fin para el que fueron instituidos.

A lo anterior hay que sumarle la percepción negativa que se tiene del fuero político, traducido en dificultad para perseguir la corrupción, por un lado, y en impunidad para castigar a servidores públicos que han participado o realizado hechos de corrupción, socavando el buen funcionamiento de la administración pública mexicana, lo que se transforma en un potencial abuso del poder por parte las instituciones y actores políticos.

4. El fuero constitucional o fuero político en Colombia

El fuero político o fuero constitucional está previsto en los ordenamientos jurídicos de distintos países, como lo es México y Colombia, entre otros, esta prerrogativa se instituye para la protección del cargo conferido al servidor público, bajo efecto de un buen desempeño y sin intervenciones que dificulten el cometido de su cargo.

De acuerdo con la Constitución Colombiana de 1991 vigente, en relación con el fuero se indica que los miembros de la fuerza pública activos que cometan conductas punibles en su servicio, conocerán de ellas las cortes marciales o tribunales militares, atendiendo al Código Penal Militar, de acuerdo con el artículo 221. Por otra parte, el artículo 186 señala que los delitos que cometan los Congresistas, se deben de conocer en forma privativa y ordenar la detención, si es el caso la Corte Suprema de Justicia. Para ello, su Sala Especial de Instrucción, que pertenece, a la Sala Penal de la Corte, le corresponde la investigación y acusación de los Congresistas ante la Sala Especial de Primera Instancia, de la misma Sala Penal, esto en términos del artículo 186; también se suma el artículo 235, numeral 4, dispone que, entre las atribuciones de la Corte Suprema de

Justicia, está la de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso.

En cuanto hace al juzgamiento de funcionarios de alto rango en Colombia el artículo 235, numeral 3, se encuentra:

- ✓ El presidente de la república colombiana.
- ✓ Los magistrados de la Corte Suprema, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura.
- ✓ Fiscal General de la Nación.

Todos ellos, ante la previa acusación formulada por la Cámara de Representantes, conocerá de ella la Cámara de Senadores⁴⁰. Dichos funcionarios pueden ser investigados y juzgados por delitos o faltas cometidas en el desempeño de su empleo o cargo, aun cuando dicho empleo haya concluido, esto en términos del artículo 174 de la Constitución Colombiana.

De igual manera, el artículo 235, numeral 5, señala que le compete conocer del juzgamiento de funcionarios de alto rango a la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal, siempre y cuando exista acusación previa del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, entre ellos se encuentran:

- Vicepresidente de la República.
- Ministros del Despacho.
- Procurador General.
- Defensor del Pueblo.

⁴⁰ **Artículo 175.** En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas: (...) 2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o perdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena. /3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema. (...)

- Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales.
- Directores de los Departamentos Administrativos.
- Al Contralor General de la República.
- Embajadores y jefe de Misión Diplomática o Consular.
- Gobernadores.
- Magistrados de Tribunales.
- Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.

5.3. Casos notorios y controversiales que tienen relación con el fuero político en Colombia

CASO	CARGO PÚBLICO	DESCRIPCIÓN	CONSECUENCIAS	PERDIDAS	SANCIÓN IMPUESTA
Hernán Andrade (Noticias RCN, 2013).	Exsenador y presidente en el Congreso del Partido Conservador	1.Implicado en el desfalco a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal). Delito de tráfico de influencias. 2.También señalado con su presunta vinculación con el cartel de la Togan (Sarralde, 2018).	1.La corte Suprema lo llamo a instrucción. 2. En relación con el cartel de la toga la Corte Suprema no realizó investigación.	250 millones de pesos colombianos. No se indica suma por los sobornos	No se menciona una sanción impuesta.
Mario Uribe Escobar	Exsenador y primo del ex presidente Álvaro Uribe		Detenido en 2008 y condenado por la Corte Suprema	Daño a instituciones y pérdida de confianza pública.	Condena a siete años y seis meses de prisión.
Jorge Visbal Martelo	Exsenador y embajador en Perú		Llamado a juicio	Daño a instituciones y pérdida de confianza pública.	Sigue en proceso

Fuente. Elaboración propia, 20 de julio de 2024.

Propuestas para un fuero constitucional integral y protector de derechos humanos

La figura del fuero constitucional, históricamente concebida como una protección para los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, ha sido objeto de debate y controversia debido a su potencial para ser utilizada como un mecanismo de impunidad. Sin embargo, la solución no radica necesariamente en su eliminación total, sino en su reconfiguración para que actúe como un verdadero protector de derechos humanos, tanto para los funcionarios que gozan de este privilegio como para los ciudadanos en general. Un fuero constitucional integral, debe equilibrar la necesidad de proteger la independencia de los funcionarios públicos con la obligación de garantizar la transparencia, la rendición de cuentas y el respeto a los derechos fundamentales de todos.

Una propuesta clave para lograr un fuero más integral es establecer mecanismos de control y supervisión más rigurosos, que aseguren que esta figura no sea utilizada para evadir responsabilidades legales. Esto incluye, la creación de comisiones independientes encargadas de revisar los casos en que se invoque el fuero, evaluando si su aplicación es apropiada o si se trata de un abuso del privilegio. Estas comisiones deben estar compuestas por expertos en derechos humanos y en derecho constitucional, asegurando una interpretación justa y equilibrada de los casos. Además, es esencial que estas comisiones tengan la facultad de levantar el fuero en situaciones donde se evidencien graves violaciones de derechos humanos o corrupción, permitiendo así el avance de procesos judiciales justos y equitativos.

Otra propuesta importante es redefinir el alcance del fuero constitucional para que se aplique de manera más estricta y específica, limitando su uso únicamente a casos donde sea absolutamente necesario, para proteger la independencia del funcionario en el ejercicio de sus funciones. Esto significa, excluir de la protección del fuero a los actos que claramente constituyan delitos graves, como la corrupción o las violaciones a los derechos humanos. De esta manera, se evita que el fuero sea utilizado

como un escudo para la impunidad. Además, es fundamental que se establezcan claros límites temporales para el uso del fuero, de modo que no se extienda indefinidamente y que los funcionarios puedan ser procesados por sus acciones, una vez concluido su mandato.

El fuero también debe ser complementado con un marco legal robusto, que promueva la transparencia y la rendición de cuentas. Esto incluye la obligatoriedad para los funcionarios de alto nivel de presentar declaraciones patrimoniales detalladas, además, de permitir auditorías independientes que aseguren la integridad en la gestión de recursos públicos. Asimismo, es crucial que existan mecanismos efectivos para la protección de denunciantes y testigos, que juegan un papel vital en la revelación de abusos y actos de corrupción. La protección de estos actores es esencial para fomentar una cultura de transparencia y para asegurar que el sistema de justicia pueda funcionar de manera efectiva y sin intimidación.

Finalmente, es imperativo que el proceso de revisión y una posible reforma del fuero constitucional sea participativo e inclusivo, involucrando a una amplia gama de actores, incluyendo organizaciones de la sociedad civil, expertos en derechos humanos, académicos y representantes de diversas comunidades. Esta participación asegura que las reformas sean verdaderamente representativas y que aborden las preocupaciones de todos los sectores de la sociedad. Solo, a través de un enfoque inclusivo y transparente, se puede garantizar que el fuero constitucional cumpla con su propósito original, de proteger el funcionamiento democrático del Estado, sin sacrificar los derechos humanos y la justicia.

En conclusión, la reconfiguración del fuero constitucional debe centrarse en establecer un equilibrio entre la protección de los funcionarios públicos y la garantía de transparencia, al igual que la rendición de cuentas. Las propuestas aquí discutidas ofrecen un camino hacia un fuero que no solo defienda la independencia de los funcionarios, sino que también respete y proteja los derechos de todos los ciudadanos. Al implementar estas reformas, se fortalecerá la confianza en el sistema

judicial y se promoverá una administración pública más justa y transparente.

Referencias Bibliográficas

Animal político(2019). Medina Mora permitió el desbloqueo de más de 2 mil mdp provenientes de la delincuencia: Santiago Nieto.

Cámara de Diputados, Constitución de Cádiz (1812)

Colegio de México. (s.f.). El fuero constitucional en México.

Comisión de Rendición de Cuentas del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. (s.f.). El ABC de la rendición de cuentas.

Constitución Política de Colombia (1991). Sistema Único de Información Normativa. Juriscol.

Crespo, J.A (s.f.). Fundamentos políticos de la rendición de cuentas, Serie cultura de la rendición de cuentas 1. Auditoría Superior de la Federación

Gallegos, Z. (2021). El caso de los generales impunes en México. El País.

Gamboa Montejano, C., & Valdés Robledo, S. (2017, marzo). Inmunidad parlamentaria y/o fuero constitucional de los legisladores. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Análisis de Política Interior.

Garmendia Cedillo, X. (2017, diciembre). El fuero constitucional. Quórum Legislativo, (121), 178. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Hernández, A. (2022). EE. UU.-México: el narcohistorial de Manuel Bartlett. DW.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. (2023) Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental, ENCIG-2023. <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2023/>

La Nación. (2022). Manuel Bartlett: Político vinculado al narcotráfico y la corrupción. La Nación.

María Amparo Casar Pérez, Janet de Luna Jiménez, Víctor D. Aguilar Méndez, & Ricardo Alvarado Andalón. (2017). El fuero en México: entre inmunidad e impunidad. Revista Número 293, marzo, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

María Amparo Casar Pérez, Janet de Luna Jiménez, Víctor D. Aguilar Méndez, & Ricardo Alvarado Andalón. (2017). El fuero en México: entre inmunidad e impunidad. Revista Número 293, junio, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

Mondragón Duarte, S. L. (2020). El derecho administrativo disciplinario y su control judicial a la luz de la función pública. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Scielo.

Padilla Sanabria Lizbeth. (junio,2017). Fuero constitucional. El Vigía. El derecho desde otras perspectivas.

Secretaría de Gobernación. (s.f.). Fuero. Glosario Legislativo. Sistema de Información Legislativa.

TOJIL (2023). Estrategias contra la impunidad: Caso Duarte, México.

Transparencia Mexicana. (2024). Corrupción seguirá siendo reto para el próximo gobierno: Transparencia Mexicana.

**SESGOS COGNITIVOS EN RESOLUCIONES JUDICIALES,
JURISDICCIONALES Y ADMINISTRATIVAS: CRITERIOS PARA UNA
JUSTICIA IMPARCIAL**

FRANCISCO ROSENDO OLIVARES⁴¹

**COGNITIVE BIASES IN JUDICIAL, JURISDICTIONAL AND
ADMINISTRATIVE RESOLUTIONS: CRITERIA FOR IMPARTIAL JUSTICE**

Resumen

⁴¹ Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Miembro del Seminario Permanente de Derecho Administrativo Disciplinario de la FES Acatlán, UNAM (México), franciscorosendo@comunidad.unam.mx

Ha ejercido como abogado postulante en las áreas de Derecho penal, Procesal penal y Derechos humanos, fungiendo como asesor jurídico victimal y de defensa penal. También ha trabajado como consultor en la resolución de asuntos penales e investigación. Desde 2022, es Profesor de Asignatura en la Universidad del Distrito Federal, Campus Santa María la Ribera, donde imparte las materias de juicios orales, amparo y medicina forense. Sus investigaciones se han centrado en el análisis de los sesgos cognitivos en el razonamiento de los juzgadores en materia penal en México, con publicaciones en revistas académicas de prestigio como Revista Niuweme, Hechos y Derechos, y VOX LEGIS. Contacto: francisco.rosendo01@hotmail.com

Los sesgos cognitivos se manifiestan en la toma de decisiones a través de patrones de pensamiento que afectan el razonamiento lógico. En el ámbito judicial, jurisdiccional y administrativo, esto significa que autoridades, jueces, abogados y testigos pueden verse afectados por prejuicios inconscientes que influyen en sus percepciones y evaluaciones. En este artículo se ampliará la comprensión sobre qué son los sesgos cognitivos, su clasificación, el contexto jurídico en el que operan, su impacto en los procesos, y los enfoques comparativos que se deben considerar.

Palabras claves: Procesos, sesgos, imparcialidad, sistema interamericano de derechos humanos, cognitivos.

Abstract

Cognitive biases manifest themselves in decision-making through thought patterns that affect logical reasoning. In the judicial, jurisdictional and administrative spheres, this means that authorities, judges, lawyers and witnesses can be affected by unconscious prejudices that influence their perceptions and evaluations. This article will broaden the understanding of what cognitive biases are, their classification, the legal context in which they operate, their impact on processes, and the comparative approaches that should be considered.

Keywords: Processes, Biases, Impartiality, Inter-American Human Rights System, Cognitive.

I. Introducción

La toma de decisiones es un proceso cognitivo inherente a las personas, lo que conlleva en múltiples ocasiones a variables complejas como, por ejemplo, analizar las consecuencias de decisiones pasadas, los entornos cambiantes, datos disponibles, y la previsión de múltiples escenarios que

deben de ser examinados en el menor tiempo posible (Barón, L., & Zapata, G.2018).

En el proceso cognitivo de la toma de decisiones, al llegar a influir una gran cantidad de variables a considerar (datos que procesa el cerebro de diversas fuentes), también es susceptible que se desarrollen errores de entendimiento, de interpretación y de juicio, lo que puede conducir a conclusiones erróneas. Estos errores han sido denominados sesgos cognitivos y son entendidos como patrones de pensamiento y percepciones erróneas que influyen en la manera que concebimos y evaluamos la información disponible.

Los sesgos cognitivos pueden generarse por una cantidad multifactorial de situaciones y variables, esto incluye las experiencias previas, la educación, la cultura y la realidad social en la que alguien crece, así como la forma en la que el propio cerebro puede procesar la información.

El ámbito jurídico no está exento de estos sesgos cognitivos, y estos pueden suceder desde la implementación de alguna reforma o creación de la ley, en la cual el legislador no tomó en cuenta diversas circunstancias o factores externos, desde un ámbito de análisis multidisciplinario y por el cual la ley llega a vulnerar derechos humanos, hasta las resoluciones de las autoridades en las cuales es muy frecuente encontrar determinaciones que carecen de una debida motivación y fundamentación que tenga como base el principio de legalidad, por consiguiente, dichas resoluciones resultan afectar la esfera jurídica de las personas.

2. Diferenciación entre autoridades judiciales, jurisdiccionales y administrativas

En la práctica jurídica, es fundamental distinguir entre las características formales y materiales de los actos emitidos por diferentes autoridades. Un acto puede ser formalmente judicial, legislativo o ejecutivo según el órgano que lo emite; sin embargo, su contenido o materia puede diferir significativamente, este punto del artículo tratará de dar un breve

esbozo, ya que el tema central son las determinaciones de las autoridades y los sesgos que pueden encontrarse en ellas, pero, hay que entender qué todo tipo de determinación independientemente de su fuente, sea judicial, jurisdiccional o administrativa, puede tener una carga de fallos y errores en su análisis y aplicación de criterios (Alonso, 2022).

Respecto de los actos llevados a cabo por las autoridades de los Estados, se deben considerar dos características principales: su forma y su contenido (o materia). La forma del acto se refiere a su aspecto formal, determinando así la naturaleza externa de las decisiones emitidas por las distintas ramas del gobierno. Por ejemplo, todos los actos emitidos por el poder ejecutivo se consideran formalmente ejecutivos, los actos emitidos por el poder legislativo se consideran formalmente legislativos y los actos emitidos por el poder judicial se consideran formalmente judiciales. Este enfoque nos permite clasificar y entender la estructura como el origen de los actos gubernamentales en función de su procedencia institucional.

Sin embargo, la clasificación formal no siempre refleja la verdadera naturaleza o propósito del acto en cuestión. Existen numerosos casos en los que un acto, aunque formalmente categorizado bajo una rama específica, puede contener una materia que corresponde a otra función gubernamental. Por ejemplo, los reglamentos, aunque son actos formalmente ejecutivos, poseen una naturaleza material legislativa ya que establecen normas generales. De manera similar, los procedimientos administrativos, aunque formalmente ejecutivos, pueden tener un contenido materialmente jurisdiccional al resolver conflictos específicos. Esta distinción también se observa en los otros dos poderes: existen actos formalmente legislativos, pero con un contenido material jurisdiccional, como el juicio político o la declaración de procedencia, y actos formalmente judiciales que son materialmente legislativos, como los acuerdos generales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Ejemplos en México:

1. **Formalmente Ejecutivo y Materialmente Legislativo:** Un ejemplo en México sería la emisión de reglamentos por parte del Poder Ejecutivo, como el Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado (IVA). Aunque el acto es emitido por una autoridad ejecutiva, su contenido es normativo, por lo tanto, tiene un carácter legislativo.
2. **Formalmente Ejecutivo y Materialmente Jurisdiccional:** Los procedimientos llevados ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), son actos formalmente ejecutivos, pero materialmente jurisdiccionales, ya que resuelven controversias entre usuarios y entidades financieras.

Ejemplos en Colombia:

1. **Formalmente Ejecutivo y Materialmente Legislativo:** En Colombia, el Poder Ejecutivo puede emitir decretos con fuerza de ley, como los decretos reglamentarios emitidos por el presidente de la República. Un ejemplo es el Decreto Reglamentario de la Ley de Protección de Datos Personales, que, aunque es formalmente ejecutivo, su contenido es de naturaleza legislativa (López, 2018).
2. **Formalmente Ejecutivo y Materialmente Jurisdiccional:** En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), tiene funciones jurisdiccionales en casos de protección al consumidor y propiedad industrial, resolviendo controversias entre consumidores y empresas o entre competidores.

3. La toma de decisiones en el ámbito judicial, jurisdiccional y administrativo.

En los sistemas jurídicos modernos, como los de Colombia y México, pertenecientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, todas las autoridades independientemente de su función o competencia que

lleguen a emitir una resolución que afecte la esfera jurídica de las personas, deben expresar su fundamentación y motivación como las razones o los criterios tomados en sus resoluciones, esto es un principio esencial que garantiza transparencia y equidad en la resolución de controversias (Báez Silva, 2005). Los jueces y funcionarios deben emitir decisiones que no solo resuelvan las disputas presentadas, sino que también estén respaldadas por una argumentación clara y lógica. Esto implica que cada fallo debe incluir una explicación detallada de los motivos legales y fácticos que lo justifican, abordando la interpretación de las normas aplicables y la valoración de las pruebas presentadas.

Todo esto está sustentado en los principios de un juez imparcial, el debido proceso y la obligatoriedad de fundamentar y motivar las resoluciones que se lleven a cabo dentro de sus ámbitos de competencia, es así como las propias Constituciones tanto de Colombia y México contienen los principios y presupuestos que deben determinar estas resoluciones.

PRINCIPIOS QUE GARANTIZAN LA IMPARCIALIDAD DE LAS RESOLUCIONES DE JUZGADORES	
Constitución Colombiana	Constitución Mexicana
<p>Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.</p>	<p>Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.</p> <p>Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de</p>

<p>Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.</p>	<p>mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.</p> <p>Artículo 17...Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Este proceso de fundamentación es crucial porque permite a las partes comprender el razonamiento detrás de la decisión, facilitando su aceptación y cumplimiento. Además, la fundamentación y la motivación permiten la posibilidad de apelación o revisión, lo que es esencial para corregir posibles errores en la interpretación de la ley o en la valoración de los hechos (Báez Silva, 2005). Así, la fundamentación de las decisiones judiciales actúa como un mecanismo de control y garantía de justicia dentro del sistema judicial.

4. La toma de decisiones en el ámbito jurídico

La toma de decisiones en el ámbito jurídico implica la selección de una solución justa y adecuada para un conflicto jurídico, basado, en la interpretación de las leyes y la evaluación de los hechos presentados. Este proceso es fundamental tanto en los sistemas judiciales como en los jurisdiccionales y administrativos (Sánchez, 2017).

En el **Poder Judicial**, la toma de decisiones se centra en la aplicación de la ley a los casos concretos, asegurando que las decisiones se fundamenten en un análisis riguroso de la normativa y las pruebas. Los jueces deben equilibrar principios legales, precedentes judiciales y consideraciones de equidad para llegar a una conclusión justa. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y en Colombia, la Corte Constitucional,

desempeñan roles cruciales en la interpretación de la Constitución y en la resolución de conflictos significativos.

En el **ámbito jurisdiccional administrativo**, la toma de decisiones también implica resolver disputas, pero generalmente se enfoca en cuestiones reguladas por normas específicas, como la protección del consumidor o la competencia económica. En México, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), son ejemplos de autoridades que toman decisiones jurisdiccionales dentro de su ámbito de competencia, aplicando leyes y regulaciones a casos específicos para proteger derechos y asegurar la competencia leal (Gómez, 2020).

Finalmente, en el **Poder Legislativo**, aunque menos frecuente, también se toman decisiones que pueden tener un impacto jurisdiccional, como los juicios políticos o la declaración de procedencia (desafuero) en México, y el juicio de pérdida de investidura en Colombia. Estas decisiones son formalmente legislativas, pero tienen una función jurisdiccional al decidir sobre la responsabilidad y posibles sanciones para servidores públicos.

5. Impacto de los Sesgos Cognitivos en las resoluciones de las Autoridades

Una vez que se han establecido las bases para el entendimiento de los sesgos cognitivos y las resoluciones de las autoridades estatales al momento de emitir sus fallos, se debe dejar el contexto en que estos sesgos cognitivos afectan las resoluciones de las autoridades, su importancia y los efectos nocivos que tiene el no hacer nada para tratar de contrarrestarlos, significa dejar en un estado de incertidumbre y de duda jurídica muchas de las resoluciones de las autoridades que, basadas en premisas falsas son determinadas como válidas, aunque, formalmente lo sean. El trasfondo de ellas resulta contrario al respeto de los derechos humanos de las personas y del propio principio de legalidad, que debe conllevar en un contexto amplio las determinaciones que busquen el bien

colectivo, la salvaguarda de las personas y que los sistemas jurídicos y sociales coexistan de forma armónica.

En el campo del estudio de sesgos cognitivos, aunque, ampliamente revisado en la literatura anglosajona (véanse los estudios de Daniel Kahneman o en el ámbito del derecho al juez federal Marvin E. Frankel). En los sistemas latinoamericanos debido a formalismos y rigurosidades jurídicas que siempre han imperado, han tenido poco desarrollo, esto debido al poco entendimiento de otros tipos de ciencias que pueden llegar a retroalimentar al derecho, como lo son la sociología, la psicología e inclusive la economía conductual en el desarrollo transdisciplinario que le permitirá al derecho ver la complejidad de estos factores y cómo afecta al propio sistema jurídico.

Es en este contexto que, valiéndose de metodologías como el derecho comparado, y la adaptabilidad que tienen sistemas que en un sentido formal parecen diferentes, pueden compartir estructuras de trasfondo que ayudan a verificar primero, si la problemática vista en un sistema como el americano, pueden ser compatibles con otros como lo es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, dentro de estos está Colombia y México.

Por tanto, se ha llevado a cabo la recolección de determinadas herramientas y figuras que, pueden servir como parámetro para el desarrollo en países pertenecientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los cuales pueden ayudar a reducir en un grado considerable los sesgos, para que las resoluciones tengan una motivación y fundamentación eficiente y con un bajo grado de sesgo, que se encargue de respetar los derechos humanos de las personas.

6. Clasificación y herramientas para reducir los sesgos cognitivos en las resoluciones de las autoridades

El estudio comparativo de los sesgos cognitivos, en el sistema judicial estadounidense, es crucial para comprender cómo los prejuicios

inconscientes afectan la administración de la justicia. Estos sesgos cognitivos; patrones automáticos de pensamiento que influyen en la forma en que las personas procesan información y toman decisiones, pueden afectar las decisiones judiciales, jurisdiccionales y administrativas, impactando significativamente en las vidas de las personas involucradas en los procesos jurídicos.

Un método crucial en la detección de sesgos cognitivos es el **Implicit Association Test IAT** (Marsh, 2009), diseñado para medir las asociaciones automáticas que las personas hacen entre diferentes conceptos. Los estudios de IAT han demostrado que muchas personas asocian implícitamente a ciertos grupos raciales, de género y religiosos con características negativas o positivas. Por ejemplo, el test ha revelado que la mayoría de los participantes asocian automáticamente a las personas afroamericanas con comportamientos agresivos y violentos, mientras que asocian a las personas blancas con términos positivos como honestidad o confiabilidad. Estas asociaciones implícitas también se encuentran entre jueces, lo que afecta la forma en que evalúan la evidencia, dictan sentencias y valoran la credibilidad de testigos.

Los estudios también han mostrado que las interacciones sociales y las estructuras de poder refuerzan estos sesgos. Por ejemplo, el trabajo de Levinson, Bennett y Hioki (2016) encontraron que los estereotipos negativos hacia ciertos grupos raciales, étnicos y religiosos, como los asociados a los asiáticos y los judíos, tienden a influir en la percepción que los jueces tienen de estas personas. Esto significa que, incluso cuando un juez tiene la intención de ser imparcial, puede caer en patrones de pensamiento que lo lleven a decisiones que no son objetivas.

7.Herramientas para reducir los Sesgos Cognitivos

La presencia de sesgos cognitivos en la valoración de pruebas procesales, representa un desafío significativo para la procuración y administración de la justicia. Estos sesgos pueden influir en la interpretación y análisis de la argumentación y las pruebas, afectando la objetividad y equidad del proceso judicial.

Para mitigar estos riesgos, es esencial implementar herramientas y estrategias que ayuden a los operadores jurídicos a reconocer y contrarrestar sus prejuicios.

Una de las estrategias más efectivas es la capacitación continua en la identificación de sesgos comunes, como el sesgo de confirmación, donde los individuos tienden a buscar, interpretar y recordar información que confirma sus creencias preexistentes, ignorando evidencia contraria (Kahneman, 2011). La conciencia de estos sesgos puede ayudar a las autoridades y partes procesales a tomar decisiones más equilibradas al igual que justas.

Además, es fundamental fomentar una cultura de deliberación estructurada en los procesos judiciales. Esto implica el uso de procedimientos que promuevan una revisión crítica y sistemática de los argumentos y pruebas, minimizando la influencia de factores emocionales o irrelevantes. La economía conductual ha demostrado que la estructuración de la deliberación puede reducir el impacto de sesgos como el efecto halo, donde una impresión general positiva o negativa sobre una persona puede influir indebidamente en la evaluación de pruebas relacionadas con la misma (Thaler & Sunstein, 2008). La implementación de formularios estandarizados para la evaluación de pruebas y la creación de protocolos de deliberación que incluyan la discusión de contraargumentos, son prácticas recomendables para asegurar una valoración más objetiva.

Otra herramienta clave es la promoción de la transparencia en el proceso judicial. Publicar las razones entendidas como la motivación y fundamentación detrás de las decisiones de las autoridades más las valoraciones de pruebas, permite un escrutinio público y académico que puede servir como un control adicional contra sesgos y errores.

Flores y García (1991) destacan la importancia de la claridad y coherencia en la exposición de los elementos probatorios para facilitar el entendimiento y la evaluación crítica por parte de terceros. Esta transparencia no solo fortalece la legitimidad del sistema judicial, sino

que también contribuye a la mejora continua de las prácticas jurídicas a través de la retroalimentación constructiva.

Finalmente, es crucial que las instituciones judiciales y educativas fomenten un entorno que valore la autocrítica y la mejora constante. La inclusión de estudios de caso que ilustran fallos debidos a sesgos cognitivos en la formación de jueces y abogados, puede ser una herramienta poderosa para sensibilizar a los futuros operadores del derecho, sobre la importancia de estos temas. Al adoptar estas medidas, no solo se mejora la calidad de las decisiones judiciales, sino que también se fortalece la confianza pública en el sistema judicial como un pilar de justicia y equidad.

8. Conclusiones

Los sesgos cognitivos, manifestados a través de patrones de pensamiento que afectan el razonamiento lógico, representan un desafío significativo en el ámbito judicial, jurisdiccional y administrativo. Estos prejuicios inconscientes pueden influir en las percepciones y evaluaciones de autoridades, jueces, abogados y testigos, afectando la objetividad y equidad de los procesos judiciales. La comprensión de los sesgos cognitivos y su clasificación es esencial para identificar las áreas donde estos prejuicios pueden impactar negativamente en la justicia. Los estudios en psicología y economía conductual han revelado cómo estos sesgos influyen en la toma de decisiones, subrayando la necesidad de estrategias para mitigar sus efectos (Kahneman, 2011).

Es fundamental que las instituciones judiciales adopten enfoques comparativos y multidisciplinarios para abordar el problema de los sesgos cognitivos. Estos enfoques deben incluir la formación continua en identificación y mitigación de sesgos, la promoción de una cultura de deliberación estructurada y la implementación de mecanismos de transparencia. Al hacerlo, se puede asegurar una valoración más justa y equilibrada de las pruebas y argumentos presentados en los procesos judiciales. Además, la incorporación de estudios de caso que ilustren errores debidos a sesgos cognitivos en la formación de operadores del

derecho, puede ser una herramienta poderosa para sensibilizar a los futuros profesionales sobre la importancia de estos temas. Flores y García (1991) destacan que una presentación clara y coherente de los elementos probatorios es crucial para una evaluación crítica y justa, subrayando la importancia de la transparencia en el proceso judicial.

En última instancia, es crucial reconocer que la reducción de los sesgos cognitivos no solo mejora la calidad de las decisiones judiciales, sino que también fortalece la confianza pública en el sistema judicial. La implementación de estas herramientas y estrategias promueve un sistema de justicia que no solo es legalmente correcto, sino también moralmente justo y equitativo. La atención a los sesgos cognitivos y la adopción de medidas para mitigarlos son pasos esenciales hacia una administración de justicia más imparcial y efectiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Báez Silva, C. (2005). *Las decisiones judiciales: entre la motivación y la argumentación*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Barón, L., & Zapata, G. (2018). Los sesgos cognitivos: de la psicología cognitiva a la perspectiva cognitiva de la organización y su relación con los procesos de toma de decisiones gerenciales. *Ciencia y Sociedad*, Instituto Tecnológico de Santo Domingo

Flores, A., & García, M. (1991). *Los elementos de la prueba*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Kahneman, D. (2011). *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate.

Levinson, J. D., Bennett, R. J., & Hioki, K. (2016). *Implicit Bias and the American Juror*. Estados Unidos: Florida Law Review.

Marsh, S. C. (2009). *The Lens of Implicit Bias*. Estados Unidos: National Council of Juvenile and Family Court Judges.

Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2008). *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Penguin Books.

COMPLEJIDAD, GOVERNABILIDAD Y POLÍTICA EN EL ESTADO COLOMBIANO

JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ PÉREZ⁴²

COMPLEXITY, GOVERNABILITY AND POLITICS IN THE COLOMBIAN STATE

Resumen:

El presente artículo procura realizar un análisis de la naturaleza de lo político y de la gobernabilidad en el Estado colombiano. Sin embargo, lo emprende a través de la metodología de la complejidad propuesta por el profesor Carlos Eduardo Maldonado. Por lo cual, metodológicamente se proponen cuatro recortes espacio-temporales de realidad histórica (momento colonial, republicano, siglo XX y contemporáneo) que faculden, con su delimitación y explicación, una deconstrucción de algunas

⁴² Doctor en Formación en Diversidad. Máster en filosofía; Historiador; Antropólogo. Profesor Universidad de Manizales. Profesor Universidad de Caldas. Manizales, Colombia. Correo de contacto: andres.goperez@gmail.com ORCID: orcid.org/0000-0002-7294-4110 Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=JxOmLoAAAAJ>

estructuras de los fracasos, los limitantes, los desafíos, las condiciones y propiedades de lo político como de lo gubernamental en el siglo XXI. El objetivo final de este análisis es, aportar a una discusión que permita complejizar, aún más, los entramados de lo real-político, para que podamos advertir perspectivas, dimensiones y reflexiones que constituyen la naturaleza del quehacer gubernamental colombiano, así mismo, enraizar posibles soluciones o alternativas a sus condiciones estructurales.

Palabras clave: Teoría de la complejidad, gobernabilidad, política colombiana.

Abstract:

The present article seeks to conduct an analysis of the nature of politics and governance in the Colombian state. Nevertheless, it approaches this through the methodology of complexity proposed by Professor Carlos Eduardo Maldonado. Methodologically, it proposes four space-time cuts of historical reality (colonial period, republican period, 20th century, and contemporary period) that enable, with their delimitation and explanation, a deconstruction of some structuring structures of failures, limitations, challenges, conditions, and properties of politics and governance in the 21st century. The purpose of this analysis is to contribute to a discussion that allows for further complexity in the intricacies of political reality, so that we can perceive perspectives, dimensions, and alternative reflections that constitute the nature of Colombian governmental activities, and thereby ground possible solutions or alternatives to its structural conditions.

Keywords: Complexity theory, governance, Colombian politics.

Introducción

Abusos de autoridad, corrupción judicial, nepotismo, ineficiencia legislativa, desviación de la justicia, prevaricato, concierto para delinquir y algunos otros delitos de ámbito político que entorpecen la gobernabilidad, esto no es indiferente a la nación colombiana, sino que, por el contrario, los hemos naturalizado y legitimado como propios. De allí, por ejemplo, que la particularidad del gobierno sea ante la comunidad internacional y local, como sostiene Isidro Sepúlveda (2013), la de un estado fallido. Es decir, la de un ente gubernamental sin control territorial, incapaz de proveer servicios básicos, violento, corrupto e institucionalmente deslegitimado.

Estas características y condiciones estructurales históricas, ni siquiera hoy por hoy, con los aparentes “nuevos gobiernos”, que se dicen más democráticos, menos corruptos, más populares y con ideas frescas o renovadas, parecen transformarse. Antes bien, como hemos podido observar durante estos últimos años, con los giros hacia la centro-izquierda (no solo a nivel local), parecen mantenerse o, quizá, aumentar. Por ello, cabría hacerse al menos tres preguntas regentes ante dicha propiedad estructural del ejercicio político-gubernamental en Colombia, la primera: ¿Por qué son estas y no otras las características y condiciones de la gobernabilidad del estado colombiano en el siglo XXI?; segunda: ¿Cuáles son las circunstancias y los contextos históricos que han ido dando forma a esta naturaleza de lo político?; y, tercera, ¿Cómo podemos transformar éstas condiciones para la constitución de nuevos Estados o nuevas formas de gobernabilidad?

El presente artículo se propone una discusión al respecto de estas preguntas. Sin embargo, lo hace a través no de una búsqueda definitiva, certera o directa de las mismas, sino mediante un ejercicio de complejidad analítica. Es decir, que no se dirige a dar soluciones concretas, sino, a plantear ideas que permitan una relectura a profundidad de las mismas y dé con la naturaleza de lo político-gubernamental. Por lo cual, no se debe esperar una solución definitiva (o una idea última) sino una disertación que lo lleve, ojalá, a más preguntas,

y, sobre todo, a más relaciones rizomáticas (o dudas) de orden histórico-político.

Esta propuesta analítica se fundamenta, entre tanto, en la metodología de la complejidad planteada por el profesor Carlos Eduardo Maldonado (2018). Por tanto, procura un enfoque crítico de las interacciones socio-históricas del quehacer gubernamental colombiano; es decir, un análisis de los tiempos-espacios que permitan deconstruir y dilatar los diversos horizontes de sentido, que han constituido (dado forma) lo que podríamos denominar hoy por hoy como el sentido de lo real jurídico, o, en otras palabras, la naturaleza del gobierno. El objetivo, tanto del profesor Maldonado con su propuesta metodológica, como del presente artículo de discusión, es tensionar la realidad, el método investigativo, sus resultados y las posibles acciones que busquen transformar las estructuras de lo real.

Para el cumplimiento de este objetivo, se han propuesto cuatro recortes de realidad histórica que permiten explorar y exponer algunas características y contextos (quizá muy someras en su desarrollo), acerca de herencias del ejercicio político colombiano. Los cuatro recortes de realidad aluden a épocas y situaciones socio-históricas concretas: La constitución de los poderes o élites locales, las leyes, los territorios simbólicos y la búsqueda por la constitución de una república en el siglo XIX, que implicó el nacimiento y la constitución de un proyecto de Estado nación; el contexto del régimen del terror o del nacimiento del conflicto armado en Colombia; más las nuevas políticas de cambio estructural del país, que se han visto ahogadas o retenidas por las prácticas y poderes tradicionales de la política colombiana. Una vez desarrollados estos recortes, se lleva a cabo un análisis final que permita no solo su articulación, sino su imbricación analítica.

La élite política local en la época Colonial

El primer recorte espacio-temporal que constituye este análisis, de complejización histórica del ejercicio político gubernamental colombiano, quisiera ubicarlo en el periodo colonial; concretamente, hacía mediados del siglo XVIII, época en la cual ya se han consolidado las hegemonías políticas locales (cabildos), como poderes cuasi-independientes de los dictámenes del rey; época, donde se ha naturalizado la tan reconocida frase: “se acata, pero no se cumple”.

De acuerdo con el profesor Amado Guerrero (1997), consecuencia tanto de la empresa extractiva de recursos (fin primario del proceso de conquista y colonización), como de la necesidad misma del proceso de organización y administración de la vida en las colonias americanas (sobre todo una vez empezaron a escasear los metales preciosos), la corona española desde muy temprano en el siglo XVI buscó generar un control político efectivo del territorio; procuró, dicho de otra forma, construir un ejercicio de poder gubernamental que le permitiera instituir el espacio americano como parte de su reino y, de esta manera, centralizar el poder para ejecutar (lo que tiempo después los intelectuales llamarían) la razón de Estado; es decir, el funcionamiento del reino.

Sin embargo, debido a la incapacidad e ineficiencia administrativa que caracterizaba a los Habsburgo durante esa época, al igual que a las necesidades locales que muchas veces excedían los conocimientos reales y los límites del derecho indiano (que además no tenían cómo resolverse desde la distancia), la corona española empleó la figura de los cabildos seculares, organizaciones que, como señala el autor, terminaron no solo por constituir la base de la estructura del poder político colonial, en tanto, únicamente, contemplaban a los españoles provenientes de Europa o los nacidos en el territorio americano, con el fin de fundamentar los privilegios y los basamentos de una élite local, simbólicamente revestida de un poder diferencial. En palabras del autor:

El orden social colonial partía de la base del reconocimiento de una serie de prerrogativas y privilegios, derivados del nacimiento, origen, nobleza, raza, orden de llegada y papel desempeñado durante los procesos de conquista, etc., que se fueron traduciendo en derechos que permitieron la consolidación de grupos de poder que se distribuyeron ventajosamente los recursos productivos y controlaban y monopolizaban el poder político local (pág. 81)

Si bien esta organización (los cabildos), como señala la profesora e investigadora de la Universidad de los Andes, Marta Herrera Ángel (2006), fue la que permitió ir unificando la heterogeneidad cultural y la diversidad cosmológica e ideológica de los pueblos indígenas, negros y españoles que habitaban el continente americano; esto ayudó a la construcción de una idea de región, territorio y territorialidad, además, se constituyó cotidianidades jurídicas capaces de homogeneizar la alta movilidad y la constante adecuación de la jurisdicción administrativa, que caracterizaba el derecho local. Sin embargo, así mismo, señala la autora, fue la que terminó por erigir a una élite local que usó el monopolio de la ley, no solo para ejecutar el ejercicio gubernamental, sino también para satisfacer sus intereses particulares, entre ellos: la hegemonía del poder político (la construcción de linajes o herencias de poder que se transmitían de padres a hijos y en otras direcciones de los árboles genealógicos), la búsqueda de beneficios económicos particulares (financiamiento de sus propias empresas, haciendas y negocios), la constitución de tradiciones culturales específicas (supraestructuras de comportamiento que legitimaban policías, festivales, carnavales, todo tipo de representaciones de otra mentalidad) y la fundamentación de ideologías de gobierno centralizadas en pequeñas familias, que normalizaron la idea de que solo un grupo selecto de la población, por supuesto, la élite criolla, tenía las condiciones para gobernar.

Este primer recorte de realidad histórica nos permite, entre tanto, vislumbrar-develar un gran problema del ejercicio político

gubernamental colombiano: la hegemonización del poder político en manos de unas pocas élites locales (y raciales), que ha perdurado por más de 200 años y ha cooptando tanto la capacidad legislativa como los procedimientos penales, al respecto de cómo funciona (y debería funcionar) la justicia en el país.

Un primer gran problema que, además, bien podría contener otra condición de complejidad: un gobierno de la heterogeneidad de la justicia; es decir, una estructura política fundamentada en la falta de un proceso o proyecto articulado y común a nivel nacional que, trascienda lo local y los departamental (pensemos, por ejemplo, en los “clanes” o grandes emporios familiares que gobiernan el país y lo fragmentan en regiones o linajes a partir de intereses particulares impidiendo todo proyecto de nación).

La construcción de una república

El segundo recorte de realidad quisiera ubicarlo hacía mediados del siglo XIX, momento en el cual la élite criolla está comenzando la construcción de un proyecto de Estado-nación independiente y debe, como sostiene el profesor Alexander Betancourt (2007), adaptar las funciones políticas, fiscales y judiciales del naciente Estado en función de las nuevas realidades y demandas económico sociales del país y, por supuesto, del contexto internacional (pág. 92).

Entre estas adaptaciones a las que se refiere Alexander Betancourt se encuentran: la construcción de un territorio geográfico claramente delimitado y soberano; el reconocimiento y otorgamiento de la condición de ciudadanía a un tipo concreto de sujeto económicamente productivo (que en el principio de la república, se contemplaba generalmente a la raza blanca, cristiana, con buenos modales y luego abarcaba a otra gran cantidad de población divergente a la tradicional); la construcción de una historia patria que fundamente los procesos de modernidad y desarrollo

nacientes (situación que implicó la negación de toda diferencia e historia negra, indígena, mestiza, campesina y demás por considerarla inferior, atrasada o denigrante para los intereses de la nación. Finalmente, la inscripción (y defensa) ontológica de la élite criolla (y por ende de la nación) en los discursos de la modernidad, la ciencia, la razón, el liberalismo económico y el progreso.

Este momento histórico se caracterizó, entre tanto, según afirma Santiago Castro Gómez (2009), por la complexión de los discursos hegemónicos con naturaleza eurocéntrica, que no solo perpetuaron relaciones de explotación, sometimiento, subyugación, violencia y racismo en toda América, sino que, también, deslegitimaron toda tradición, conocimiento, cosmovisión, arte, técnica u otro pensamiento de lo político, del Estado y de la justicia que proviniese de las periferias y las diferencias. De tal forma que, señala el autor, durante esta temporalidad (que trascendió al siglo XX), terminó por construirse un único camino o una única forma tipológica de la justicia, del gobierno, inclusive, del habitar y del estar en el espacio-tiempo (dicho de otra manera, termina por constituirse un discurso que circunscribe los límites de la verdad y del sentido de lo real). En palabras, del propio Santiago Castro Gómez, al referirse a la función del Estado en esta época:

(D)ebía fungir como una instancia trascendental llamada a gestionar los axiomas del capitalismo y a promover el movimiento de las poblaciones. La soberanía estatal garantizaría que la multiplicidad de movimientos convergiera en un gran flujo arborescente que permitiera la constitución del pueblo como sujeto de soberanía (...) Gobernar la población significaba poner en marcha una serie de mecanismos de intervención estatal por medio de los cuales esa población debía convertirse en pueblo soberano. Por ello, ante la pregunta de cómo gobernar a las poblaciones que habitaban el territorio colombiano se dieron por lo menos dos repuestas diferentes, que correspondían en realidad a dos modelos de Estado. La primera consideraba que era necesario "dejar morir" a un sector de la población y reemplazarlo por "razas superiores" mediante una

política sistemática de inmigración; la segunda, en cambio, sostenía que la cinética de la modernidad era un horizonte de vida necesario para toda la población. En últimas, como decíamos, lo que se hallaba en juego era el modo en que se concebían las tareas gubernamentales del Estado en función del capital. (2014; pág. 20)

Con la proclamación, construcción y constante desarrollo de estos fundamentos discursivos de lo político a los que se refiere Santiago Castro Gómez, si bien empieza a erigirse una estructura de Estado colombiano (que empieza a materializarse realmente solo con la constitución de 1886 y su consecuente intención de regeneración), nace un proyecto moderno democrático, éste tiene dos características (ya de por sí señaladas o sugeridas por el autor) que deberíamos considerar en el análisis de la complejidad política gubernamental aquí propuesto:

Primero, el quehacer del gobierno desecha (bien podría decirse niega), en pleno, todas las condiciones constitutivas del pueblo colombiano, es decir, que excluye la naturaleza diversa y la heterogeneidad poblacional (con todas sus ideologías y realidades) que demanda y requiere estructuras y prácticas de gobierno diferenciales-específicas, en general, ajenas a las disposiciones modernas reconocidas tanto por occidente como por la élite local. Por otro lado, y en concordancia con lo primero, evidencia una enajenación cognitiva en lo que concierne al gobierno, al Estado y al ejercicio gubernamental; una carencia reflexiva filosófica-epistemológica, que ha impedido una propuesta alternativa de lo político o la construcción de un pensar americano; un pensar propio.

El estado fallido y el conflicto armado

El tercer recorte de realidad de este ejercicio analítico de complejidad (que bien podría ubicarse igualmente en el siglo XIX, consecuencia de su naturaleza estructural) quisiera ubicarlo hacía mediados de la década del 40 del siglo XX, concretamente, hacía el origen, de lo que, los

historiadores colombianos han denominado como el nacimiento del conflicto armado, cuya fecha se corresponde con el día 9 de abril de 1948; con el asesinato del caudillo del pueblo Jorge Eliecer Gaitán.

Una fecha icónica que, de acuerdo con Alfredo Molano (2015), dio inicio no solo a una masacre constante de líderes sindicales, políticos, civiles, niños, mujeres y hombres (con todo tipo de mecanismos y dispositivos de violencia, muerte y destrucción), sino, a una cadena de acontecimientos y resistencias políticas que descompusieron del todo el proyecto de Estado colombiano, declarado desde el siglo anterior.

Señala Edgar de Jesús Velásquez Rivera (2007), las décadas de los 30s, 40s y 50s evidencian no solo una batalla bélica total entre los partidos tradicionales (liberal y conservador, que buscaron por todos los medios posibles hacerse con el poder político del Estado), sino también los límites mismos del ejercicio democrático estatal, materializados en las múltiples disputas y demandas campesinas por el derecho a la tierra (la reforma agraria), por la participación política (encabezada por grupos y partidos políticos independientes, populistas y comunistas), por la instauración de un sistema democrático, por la búsqueda de ideas frescas o renovadas que permitieran la construcción de una sociedad más justa y equitativa, finalmente, con la gestación (años más tarde) de las autodefensas campesinas y paramilitares de Colombia (mejor conocidas como AUC), las cuales, agrega el historiador, encarnan en pleno, el fracaso del Estado, es decir, la incapacidad del ente central para imponer orden y garantizar la justicia social en el territorio colombiano.

Con este tercer recorte de realidad histórica que incluye una época de conflicto, violencia, muerte y destrucción de las estructuras sociales e, igualmente, el nacimiento de nuevos actores armados (puede incluirse aquí a las FARC, ELN, M19 y demás organizaciones al margen de la ley), es posible evidenciar, un par más, de características al respecto de la praxis política colombiana. Primero, una insolvencia para operar en el ejercicio gubernamental más allá de los límites del bipartidismo; más allá de los

poderes hegemónicos y de las formas de violencia que legitiman su accionar.

Una situación que ha obstaculizado (y aún hoy todavía obstaculiza) la constitución de un espacio democrático e independiente, en el cual los sectores no alineados con los partidos tradicionales puedan expresar sus intereses, sus preocupaciones o plantear sus propios proyectos de gobierno de manera efectiva, sin encontrar una muerte segura. Una situación que, asegura Ricardo Arias Trujillo:

(...) ha sido uno de los constantes en la historia del país. Es decir, parece que no hubiera una posibilidad de abrir un espacio político independiente en cuyo interior se puedan expresar los sectores no identificados con el bipartidismo (...) La ausencia de una verdadera opinión pública, que tanta falta nos hace actualmente, es entonces un fenómeno de vieja data. (Ricardo Arias Trujillo; 2006; pág. 23)

Por otra parte, también constituye a la violencia (en múltiples dimensiones y naturalezas de ejecución) como un mecanismo de legitimación y consecución del poder tanto del Estado colombiano, como de las formas de resistencia. Una praxis, que si bien, por hoy, casi cien años después, puede parecer menor al respecto de las condiciones bélicas, se hace notoria en lo que respecta a la prensa y a los medios de comunicación, donde sigue empleándose la violencia simbólica como forma de justificación de las ideas políticas.

Las nuevas izquierdas o el capitalismo democrático

Finalmente, en este último recorte espacio temporal de este ejercicio de complejidad, quisiera ubicarlo en el presente siglo. Específicamente, en

los años posteriores a la pandemia generada por el Covid-19. Tiempo histórico mundial, que se ha caracterizado tanto por el cambio en el diseño y la naturaleza misma del quehacer gubernamental, como por el giro ontológico hacía la democracia, que ha incluido (dentro de la agenda misional global) el compromiso con el medio ambiente, los derechos humanos, la construcción de paz, la democratización del conocimiento (incluyendo el acceso a internet y a las nuevas tecnologías artificiales) y el desarrollo sostenible.

Un momento histórico que llevó, sea por el cansancio del pueblo colombiano hacía el presidente y el partido de turno, por las consecuencias económicas que dejó el Covid-19 o las constantes prácticas de abuso y corrupción estatal, que por primera vez en la historia del país se eligiera, de manera democrática, a un presidente en apariencia revolucionario; con ideas nuevas y posturas divergentes a las políticas tradicionales; en concordancia, si se quiere, con las nuevas demandas mundiales (de allí que muchos Estados hayan reconocido y apoyado la elección del presidente de turno).

Un giro que, si bien se alimentó del populismo y constituyó un proyecto de gobierno abierto, inclusivo y reformado, enfrenta una serie de limitaciones no solo estructurales (algunas de ellas ya mencionadas), sino también de orden personal e individual encarnadas en Gustavo Petro. Me refiero a una personalidad soberbia, orgullosa y arrogante que no solo carece de humildad suficiente para reconocer sus contradicciones internas, o sus limitaciones en los procesos de gestión (que le ha impedido mediar entre partidos políticos y sus consecuentes votos en las propuestas de ley), sino que impide, dentro de su propio discurso, el giro que prometió y que tanto apoyó el pueblo colombiano.

Un cuarto recorte de realidad que, aunque pueda parecer menor o de poca relevancia, evidencia una gran complejidad no solo del ámbito

político estatal, sino de la constitución cultural del país; una predisposición compartida con el máximo mandatario, la arrogancia política. Una enfermedad que contamina el corpus social y nos lleva a la no tolerancia, a la “criticadera” o “quejadera” constante de todo aquello que implique un cambio o una divergencia de nuestras percepciones y creencias; a una nueva ruptura de la democracia, porque lo político y lo gubernamental está fundamentado en la diferencia misma, que nosotros no alimentamos, sino que procuramos (sino es que juramos) destruir.

Con estos cuatro breves y complementarios recortes de realidad que reflejan complejidades específicas: la construcción histórica de élites locales que dirigen el ejercicio político hacia intereses particulares, la inscripción u aceptación de un discurso moderno de Estado y de gobernabilidad que niega todo pensar propio, la carencia de un Estado fuerte capaz de solventar las necesidades como los derechos fundamentales y que prefiere la guerra antes que la negociación, más, un aparente cambio político que se niega a sí mismo otra perspectiva, quisiera, entonces, realizar algunos apuntes últimos al respecto del ejercicio de gobernabilidad en Colombia.

Los eventuales desafíos

Primero, si realmente queremos comprender qué es lo propio de lo político y de la gobernabilidad en Colombia, es necesario no olvidar la construcción histórica del fenómeno político en el país, es decir, sus disímiles naturalezas y condiciones. Es menester, por tanto, volver cada vez más a la historia y revolver todos y cada uno de los acontecimientos que la componen, con la finalidad de comprender nuevamente cómo impactan estos acontecimientos en la actualidad, cómo dan forma al ejercicio de la justicia. Por lo cual, antes que simplificar el ejercicio político, como pretenden hacer muchos académicos y comentaristas, sería bueno profundizarlos aún más, yendo más allá del mero presentismo y de las

intuiciones lógicas, con la finalidad de develar estructuras naturalizadas que limitan todo tipo de pensamiento y acción.

Segundo, como consecuencia del proceso de complejización aquí esgrimido, sería pertinente confrontar el ejercicio gubernamental colombiano actual, con la práctica del Estado como un fin en sí mismo y no como un medio. Lo cual consiste, como señala Maldonado (2018), en hacer del Estado (y de sus entidades políticas) un ente autónomo cuyo objetivo último sea la realización del bien común y la justicia social. Lo cual implicaría, según el profesor Maldonado, acabar con la instrumentalización administrativa que históricamente se ha dedicado y limitado a la satisfacción de los intereses privados o particulares, además, fortalecer los procesos democráticos no solo potenciando la participación ciudadana, sino también generando mayor cohesión social.

Finalmente, sería menester asumir una actitud y disposición diferencial (responsable) al respecto del quehacer gubernamental; apropiarnos realmente del Estado como nunca lo hemos hecho, participar activamente en la formulación de políticas públicas, vigilando su implementación y exigiendo en todo momento transparencia y rendición de cuentas. Un verdadero desafío que, quizá sea el más difícil de todos.

Referencias

- Ángel, M. (2006). Transición entre el ordenamiento territorial prehispánico y el colonial en la Nueva Granada. *Historia Crítica*. 10.7440/histcrit32.2006.05.
- Arias, R. (2006) 9 de abril de 1948. Editorial Panamericana. Bogotá-Colombia.
- Betancourt, A. (2007) *Historia y Nación*. La carreta editores. Medellín, Colombia.
- Castro, S. (2009) *Tejidos Oníricos. Movilidad, capitalismo y biopolítica en Bogotá (1910-1930)* Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá-Colombia.
- Guerrero, A. (1997). Finanzas y administración del cabildo de la ciudad de San Juan de Girón. *Historia Crítica*, 1(14), 81-98. <https://doi.org/10.7440/histcrit14.1997.05>

Maldonado, C. (2018) *Política + tiempo: Complejizar la política*. Ediciones desde Abajo. Bogotá-Colombia.

Molano, A. (2015). *Fragmentos de la historia del conflicto armado (1920-2010)*, Espacio crítico <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r33246.pdf>

Sepúlveda, I. (2013). Estados fallidos. La quiebra del Estado Nacional y la desestabilización de la seguridad regional. *Revista Científica General José María Córdova*, 11(11), 67–80. <https://doi.org/10.21830/19006586.204>

Velásquez, Edgar. (2007) *Historia del paramilitarismo en Colombia* Historia (São Paulo), vol. 26, núm. 1, pp. 134-153 Universidad de Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho São Paulo, Brasil.

EL DEBER SER: MÁS ALLÁ DE LA SANCIÓN LEGAL. UN ESTUDIO DE CASO

BENITO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ⁴³

THE DUTY TO BE: BEYOND THE LEGAL SANCTION. A CASE STUDY

Resumen:

La ferocidad del superyó deviene en una arbitrariedad caprichosa de satisfacción del deber ser, que va más allá de la sanción legal, implica sufrimiento, ruina, e incluso, la muerte.

Palabras clave: Superyó, goce, exigencia, crueldad, deber ser, mandatos.

⁴³ Docente de la Facultad de Derecho de la UNAM (bhernandezj@derecho.unam.mx)

Summary:

The ferocity of the superego becomes capricious arbitrariness of satisfaction of duty, that goes beyond legal sanction, implies suffering, ruin, and even death.

Keywords: Superego, enjoyment, demand, cruelty, duty, commands.

Introducción

La crueldad asociada al superyó freudiano testimonia la miseria del Yo, ante el embate de lo inconsciente del Ello y el imperativo superyoico, que aparece en escena, en los actos abyectos contra sí, al tiempo que revela la carencia libidinal del lazo social, en tanto que los estragos se manifiestan en el sufrimiento psíquico y orgánico del sujeto vulnerable: enfermedades, síntomas, inhibiciones, heridas, mutilaciones, pesadillas, etc., que toman lugar en el cuerpo como campo de goce, de manera que *“resulta irónico que aquello de lo que deseamos deshacernos –el dolor, el cuerpo, la enfermedad– sea, al final, aquello de lo que depende que sigamos pudiendo llamarnos humanos”*.⁴⁴

Este trabajo, va dirigido a entender las tensiones de las pulsiones de vida y las pulsiones de muerte; que someten al Yo a la servidumbre de la arbitrariedad contra sí mismo, pero, también cuando excede la agresividad que fascina y aterra en la destrucción del otro.

El funcionamiento del superyó

⁴⁴ Boone, Luis Jorge, *Cámaras secretas*. Sobre la enfermedad, el dolor y el cuerpo en la literatura, Madrid, Siruela, 2022, p. 90

A continuación, observaremos la severidad extrema de las demandas superyoicas, por la pasión de cumplir las consignas del deber ser que afectan al sujeto deseante, al tiempo que, comprendemos la interrelación íntima de las pulsiones de vida como fuente de dolor, caos, ruido, creación, movimiento y las pulsiones de muerte, que en su actuar silencioso, pretenden el orden, la quietud y destruir o eliminar la tensión psíquica para retornar al estado de confort de lo inanimado.

Sigmund Freud, desarrolla el funcionamiento de la psique en tres entidades: el Ello, el Yo y el Superyó en el texto *El yo y el ello* en 1923. *“El Yo se encuentra tironeado entre dos instancias contradictorias, que lo someten a mandatos inconciliables, el Ello que lo incita a gozar y el Superyó que lo prohíbe”*.⁴⁵

Dicho autor nos dice que un individuo es un Ello psíquico, no conocido, no discernido e inconsciente, lo reprimido es parte del “ello”; para el yo, la percepción cumple el papel que en el ello corresponde a la pulsión. El yo, es el representante de la razón y prudencia, por oposición al Ello, que contiene las pasiones.⁴⁶

David Nasio, por su parte, refiere que *“sea cual fuere el tipo de excitaciones percibidas por el yo, este siente las exigencias del Ello como un peligro amenazador que lo angustia. El yo se angustia porque responder a excitaciones tan intensas equivaldría a desaparecer, y se angustia por temor a ser castigado por haber desobedecido las órdenes del superyó”*.⁴⁷ Agrega, además, que ante los apremios inherentes a la realidad exterior, emergentes variedades de angustia yoica aparecen: la

⁴⁵ Bayard, Pierre, *¿Se puede aplicar la literatura al psicoanálisis?*, Buenos Aires, Paidós, 2009, p. 118

⁴⁶ Cfr. Freud, Sigmund, *El yo y el ello*, en *Obras Completas*, tomo XIX, Buenos Aires, Amorrortu, 1992, pp. 25, 26 y 27

⁴⁷ Nasio, Juan David, *El placer de leer a Freud*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 98

angustia frente al Ello, de ser aniquilado; la angustia frente al superyó, de ser castigado; y por último, la angustia frente a lo real, de ser impotente.⁴⁸

Ante tales circunstancias, la percepción de la realidad queda alterada: se desvanecen los vínculos y se pierden los límites de la vida para emerger la soberanía de la pulsión de muerte; y en este estado de confusión *“infinito es el número de hombres cultos que retroceden espantados ante el asesinato o el incesto, más no se deniegan la satisfacción de su avaricia, de su gusto de agredir, de sus apetitos sexuales; no se privan de dañar a los otros mediante la mentira, el fraude, la calumnia toda vez que se encuentran a salvo del castigo”*.⁴⁹

Visto de esta forma, este imperativo superyoico coincide con el mandato obligatorio señalado por Immanuel Kant, en su obra *Introducción a la metafísica de las costumbres* (1796): Obra según una máxima que pueda al mismo tiempo tener valor de ley general. Puedes, pues, considerar tus acciones según tu principio subjetivo; pero no puedes estar seguro de que un principio tiene valor objetivo, sino, cuando sea adecuado a una legislación universal, es decir, cuando este principio pueda ser erigido por tu razón en legislación universal.⁵⁰

A este respecto, el autoritario mandato kantiano es la vuelta hacia la propia persona en versión sádica, que ocurre a raíz de la sofocación cultural de las pulsiones, de modo que *“los fenómenos de la conciencia moral dejan colegir que la destrucción que retorna desde el mundo exterior puede ser acogida por el superyó, y aumentar su sadismo hacia el yo, aun sin mediar aquella mudanza. El sadismo del superyó y el masoquismo del yo se complementan uno al otro y se aúnan para*

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Freud, Sigmund, El porvenir de una ilusión, en *Obras Completas*, tomo XXI, Buenos Aires, Amorrortu, 2006, p. 12

⁵⁰ Kant, Immanuel, Introducción a la metafísica de las costumbres, en *Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2015, p. 59

*provocar las mismas consecuencias. Opino que sólo así es posible comprender que de la sofocación de las pulsiones resulta –con frecuencia o en la totalidad de los casos– un sentimiento de culpa, y que la conciencia moral se vuelva tanto más severa y susceptible cuanto más se abstenga la persona de agredir a los demás”.*⁵¹

El estudio de caso

El estudio clínico corresponde a la persona que llamaremos Alberto Lima, quien nos comparte lo siguiente:

A los ocho años de edad, dejó el hogar de sus padres y hermanos ubicado en una comunidad indígena; fue llevado por las hermanas del padre a la ciudad, con el propósito de continuar sus estudios, porque “en el campo se casaría pronto y sería un campesino más” la justificación. Hijo mayor de seis hermanos, dado que había demostrado aptitudes de estudio y trabajo, sería oportuno que abandonara el campo para mejorar las condiciones de vida de él y su familia. La tarea primordial era prepararlo para ser el principal sostén de la familia.

El mandato superyoico de ser-el-mejor (con guiones), se reflejó en las altas calificaciones, en la obtención de mejores lugares en los concursos de conocimientos y becas de estudio, pero también debía ser disciplinado y dócil para no apartarse del destino fijado por las tías y por su padre; la madre, ante las exigencias, le aconsejaba que soportara el maltrato y obedeciera, más adelante vendría lo mejor, le decía: “tu aguanta todo”.

⁵¹ Freud, Sigmund, El problema económico del masoquismo, en *Obras Completas*, tomo XIX, Buenos Aires, Amorrortu, 2006, pp. 175 y 176

A los diecinueve años, ingreso al ejército, para pagarse los estudios de la carrera de Derecho. Cuando recibió su primer sueldo lo hizo llegar a sus padres y continuó haciéndolo cada mes, incluso, financió la tienda de abarrotes, aunque, no dejó de asumir su lugar de proveedor y solucionador de todos los problemas familiares.

A los treinta años de edad, el Sr. Lima anunció su enlace matrimonial, lo cual generó molestia en la familia, porque implicaba compartir los recursos económicos con una persona ajena a la familia; peor fue, cuando tomó la decisión de dejar las fuerzas armadas para dedicarse al ejercicio de la profesión y la crianza de sus hijos. El chantaje emocional derivó en el reclamo de su proceder egoísta, soberbio, infame y culpable ¿cómo iban a sobrevivir?

Claro que los gastos eran mayores, para ello, necesitaba emplearse desde las siete de la mañana hasta las dos de la madrugada. La exigencia introyectada de ser responsable, de hijo-ejemplar-no-podría-fallar (con guiones). La intensidad de sus labores duro diez años hasta que cayó gravemente enfermo y con dificultades para solventar los gastos para la recuperación de la salud física y emocional.

El estado liminar de Alberto Lima, le permitió darse cuenta que sostener el modelo de proveedor vital es propio del sujeto sacrificial; él había creado para sí un ambiente opresivo y funesto de sufrimiento enaltecido y sistemático, apropiándose del mandato de renunciar al beneficio propio para satisfacer el deseo de sus seres amados. Desde luego, que la angustia por no complacer lo suficiente a los demás brotaba como ira hacia sí mismo, una impotencia altruista, practicante del perfeccionismo para encarnar un-ser-exitoso. Sabido es, que, el exceso de bondad tiene su precio: controlar las emociones; dureza e inflexibilidad consigo mismo; el rechazo al fracaso y la intolerancia al error, devienen en enfermedades

como la presión alta, la diabetes, la depresión, la obesidad, los trastornos de sueño, que van sedimentándose hasta causar estragos.

Conclusiones

A modo de conclusión, el caso de Alberto Lima, nos permite visualizar que el mandato superyoico de tomar posición de ser-un-hijo-ejemplar (con guiones), deviene en el peor juez de sí mismo, pues el sujeto sacrificial, crea para sí, un ambiente funesto como condena que supera una sanción legal; para el efecto, se elaboran las consideraciones siguientes:

1. Reconocer las exigencias superyoicas y las consignas morales que enclaustra en la fascinación de la absurda servidumbre: ser lo que otros han deseado de mí.
2. Visualizar la puesta en escena del sacrificio como goce execrable.
3. Restaurar la confianza para decir, sentir, pensar, escuchar, interpelar, observar y asumir la responsabilidad de la resolución creativa de la vida propia.
4. El nombre de Alberto es una contracción del nombre Adalberto que significa “el que brilla por su nobleza o nobleza brillante” y el apellido Lima es un fruto cítrico que estimula el apetito, reduce el riesgo de enfermedades cardiovasculares, mejora la digestión, entre otras mejoras a la salud.

Fuentes de consulta

Bayard, Pierre, *¿Se puede aplicar la literatura al psicoanálisis?*, Buenos Aires, Paidós, 2009.

Boone, Luis Jorge, *Cámaras secretas. Sobre la enfermedad, el dolor y el cuerpo en la literatura*, Madrid, Siruela, 2022.

Freud, Sigmund, *Obras Completas*, tomo XIX, Buenos Aires, Amorrortu, 1992.

_____, *Obras Completas*, tomo XXI, Buenos Aires, Amorrortu, 2006.

_____, *Obras Completas*, tomo XXII, Buenos Aires, Amorrortu, 2006.

Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2015.

Nasio, Juan David, *El placer de leer a Freud*, Barcelona, Gedisa, 1999.

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO BURSÁTIL PARA LA NUEVA ECONOMÍA VERDE

MICHEL F. ELLIS QUIROZ⁵²

THE IMPORTANCE OF STOCK MARKET LAW FOR THE NEW GREEN ECONOMY

Resumen

Este documento jurídico, tiene como objetivo iluminar a la comunidad jurídica y académica sobre la importancia del estudio del derecho de los valores, destacando su papel esencial en el fomento del progreso económico. El fortalecimiento de la economía se acompaña de la ley de valores, que también presenta la perspectiva de una economía verde, limpia, respetuosa con el medio ambiente y sostenible. Esta es la esfera

⁵² Bachiller en Derecho de la Universidad Hispanoamericana, Costa Rica con énfasis en derecho bursátil, es co-fundadora de la ONG Charity for our Planet org, es propulsora de los derechos y estudios del derecho económico.

de derecho que rige y supervisa las actividades en el mercado de capitales e instrumentos financieros, donde se negocian diversos valores, generando capital y estimulando la economía. La aplicación de conceptos de derecho de los valores, como la transparencia, la protección de los inversores y la promoción equitativa, sirve como una herramienta eficaz para fomentar el crecimiento de la economía verde.

Sin embargo, América Latina enfrenta obstáculos, como la falta de educación y los estrictos órganos reguladores que disuaden a los potenciales inversores de participar en el mercado de valores, creando así, obstáculos para las empresas. Por lo tanto, la educación desempeña un papel crucial en la eliminación de estas barreras y en el empoderamiento de las comunidades, para explorar soluciones alternativas, para salvaguardar los derechos humanos y avanzar hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible para la Agenda 2030.

Palabras clave: Derecho bursátil, mercado de valores, títulos valores, economía verde, bonos temáticos, derechos humanos, objetivos de desarrollo sostenible, agenda 2030.

Abstract

This legal paper aims to enlighten the legal and academic community on the significance of studying securities law, emphasizing its essential role in fostering economic progress. The enhancement of the economy is accompanied by the securities law, which also presents the prospect of a green, clean, environmentally friendly, and sustainable economy. This field of law governs and oversees the activities in the capital market and financial instruments, where various securities are traded, generating capital and stimulating the economy. The application of securities law concepts, such as transparency, investor protection, and equitable promotion, serves as an effective tool for fostering the growth of the green economy.

Nevertheless, Latin America faces obstacles such as inadequate education and stringent regulatory bodies that deter potential investors from participating in the stock exchange market, hence creating roadblocks for firms. Hence, education plays a crucial role in dismantling these barriers and empowering communities to explore alternative solutions for safeguarding human rights and advancing towards the sustainable development goals by 2030 growth. However, there are challenges in Latin America, such as a lack of education and awareness about securities law, as well as rigid regulatory bodies that create barriers for businesses.

Keywords: Securities law, stock market, securities, green economy, thematic bonds, human rights, sustainable development goals.

Una de las ramas del derecho, de más relevancia para la economía global es el derecho bursátil, pese a que en las universidades esta materia se estudia de una forma muy superficial, como parte complementaria de la clase de derecho comercial. Esto representa una desventaja para los estudiantes de la carrera del derecho, quienes salen al mundo laboral con poco o nulo conocimiento en materia bursátil, concediendo espacio para que los estudiosos de las ciencias económicas sean quienes aborden esta materia. Lo cual, eventualmente no es idóneo, ya que el mercado bursátil es de interés jurídico y es crucial para la regulación del mercado de valores.

Tal es la relevancia del estudio del Derecho Bursátil, que dicha materia está compuesta por normas tanto de derecho privado como de derecho público (Hernández Aguilar,2002), abarcando un mercado indispensable para la economía. Por lo que, es menester, el estudio para una mejor comprensión de esta rama, así como, los instrumentos financieros

otorgan a los estudiosos del derecho, la oportunidad de expandir sus fronteras e incluso de incursionar en un mercado de valores. Siendo el derecho bursátil, el encargado de regular las operaciones que se llevan a cabo dentro del mercado de capitales, en el cual se negocian los diferentes títulos de valores creando recursos e impulsando la economía, es relevante que los abogados se interesen en conocer esta rama.

Además, son los principios generales del derecho bursátil los que representan un incentivo que viene a ofrecer a los inversionistas la oportuna protección y seguridad en torno a sus inversiones, de la mano de una liquidez casi inmediata por medio del mercado secundario. Aun así, existe una mala fama del mercado de valores, esto como consecuencia de la transgresión de los principios del derecho bursátil. Por lo que incorporar un estudio más amplio en esta materia representaría un avance para la economía del país, así como una mejor preparación de los estudiantes del derecho y abogados. Para que, por medio del estudio y comprensión de este, se logre romper esa brecha de mala fama, esta solución radica en, la teoría jurídica del mercado con énfasis en los principios bursátiles.

Tomando en cuenta que, la carrera de derecho es una de las carreras más saturadas, el hecho de que existan tantas carencias del estudio bursátil es una discrepancia, ya que se debería salir de zonas de confort, tomando iniciativas que ofrezcan una preparación bursátil y de esta manera que los abogados puedan incursionar en otras áreas del derecho, logrando que esa saturación del mercado se vea reducida y de esta manera promover la economía.

Las grandes economías mundiales como Estados Unidos, han demostrado que el mercado de valores ha significado uno de sus grandes impulsos, para levantar su país cuando han existido crisis económicas (Fink.2024). Tomando en cuenta que el mercado de valores y la bolsa de valores funcionan como una piscina de dinero, además, ofrece liquidez y

seguridad a los inversionistas. Se puede considerar invertir en el estudio de la materia bursátil, para promover a los inversionistas nacionales y extranjeros a invertir en títulos de valores, ya sean acciones, bonos o fondos de inversión, puede promover el impulso para que la economía de Latinoamérica emerja. El mercado de capitales representa una relación estrecha con el crecimiento de la economía mundial (Bocanegra, 2017), el hecho de que no se le dé la debida importancia en los países latinoamericanos representa un error muy caro para la economía.

La cultura estadounidense, por ejemplo, reconoce esta importancia, razón por la cual invertir en el mercado de capitales es una prioridad, las empresas se aprovechan de esto para impulsar su crecimiento, a la vez que, ofrecen a la población la oportunidad de adquirir acciones e invertir con el objetivo de hacer crecer su patrimonio. Donde la accesibilidad de adquirir una acción, por ejemplo, se encuentra en una plataforma digital con facilidad de comprar acciones por incluso \$5. El inversionista Larry Fink afirmó que: *la mayoría de los mercados valores no son tan robustos como el de EUA pero que otros países están tratando de hacer crecer su mercado de valores para impulsar su economía* (Fink, BlackRock, 2024). Por lo tanto, desde esta perspectiva, el incentivar esta cultura en Latinoamérica puede representar un reto, pero eventualmente será un gran logro para la economía, especialmente si se incentiva al ahorro e inversión del capital desde temprana edad, así como el promover el estudio en materia bursátil que abarca distintos mercados desde el mercado de seguros, pensiones, bancario, capitales, divisas, entre otros.

En países como Costa Rica ya se ha reconocido esta importancia, razón por la cual la Bolsa Nacional de Valores, de ese país, está trabajando en conjunto con la comunidad académica, para promover el estudio y comprensión del mercado de capitales. Esto por medio de campeonatos colegiales en materia bursátil, competencias interuniversitarias internacionales de arbitraje de inversión, charlas sobre el mercado de capitales y redes sociales. Si el resto de Latinoamericana sigue este

parámetro, el conocimiento abrirá la puerta para que la inversión crezca y con esto la economía.

Como se mencionó anteriormente, una de las ventajas que ofrece el derecho bursátil son los principios que lo regula, como lo es el principio de transparencia que regula que las inversiones sean claras, seguras y públicas.

Esto representa una seguridad, como medio, para prevenir y combatir la corrupción, el lavado de dinero, la mala administración y los desvíos de fondos públicos; por tales motivos viene a cumplir dos funciones: combatir lo antes mencionado e incentivar la economía. El problema versa que este mismo principio, de transparencia, que muchas empresas quieren evitar, ya que no quieren tener que pasar por regulaciones y hacer públicas sus arcas de dinero. Si bien, el no querer pasar por el largo trajín de una transparencia al público, no necesariamente es motivado por malas intenciones de las empresas, sino que, también, muchas veces es motivado por un desconocimiento de los beneficios que el mercado de capitales ofrece, no solo para ellos sino para la economía del país. Otra de las causas, son los rígidos entes reguladores que representan una burocracia, en lugar de promover e incentivar el mercado, ponen barreras a los empresarios que prefieren evitar este proceso, con razones justificadas debido a la excesiva e innecesaria regulación.

De igual forma, significa un reto para el Estado, que eventualmente requerirá de modificaciones en la normativa y actualizaciones en los entes reguladores, con el fin de ofrecer a los inversionistas procesos más ágiles que los beneficien tanto como al Estado. Nos encontramos en un momento clave para la economía Latinoamericana, donde en un pasado hombres y mujeres con visión de éxito abrieron camino para la creación de bolsas de valores y en su momento enfrentaron retos para traer este mercado-visión a nuestros países. Inclusive, por muchos años se pensó en el estereotipo de que invertir en la bolsa era para los más ricos y la

clase privilegiada, pero, el principio de igualdad del derecho bursátil contradice este mito y el mercado bursátil ofrece realizar inversiones desde los \$20 dólares, lo que les da oportunidad a todas las personas con trato igualitario.

El reto de hoy es educar a la población, promoviendo el estudio bursátil, promoviendo el ahorro, la inversión, creando una conciencia de la importancia de la economía. La cual es crucial para poder cubrir las necesidades básicas que enfrenta la población, por ejemplo, no podemos proveer servicios como la educación y el acceso a la salud sin una economía que permita cubrir los gastos que estos con-llevan, así como la alimentación y la vivienda digna. La economía es crucial para todos, al igual, debe ser prioridad el fortalecimiento de esta para la comunidad académica desde la enseñanza. Para que de esta forma la educación sea una herramienta que provea el conocimiento, con el fin de poder incursionar en el mercado bursátil.

¿Para qué la economía es importante en el mercado de valores?

El mercado de valores es relevante para toda la economía en general, desde el financiamiento que el Estado percibe, por medio de, ofertas de deuda pública en el mercado primario, como para pequeñas y medianas empresas que buscan financiamiento, también para las grandes compañías como Amazon, que se unió al mercado de valores estadounidense en mayo de 1997 (Mena Roa, 2021). Es así como, de acuerdo con la crisis climática en la que el mundo se encuentra, se quiere subrayar la importancia y el rol del mercado de valores para una nueva economía verde.

La Organización de las Naciones Unidas, define “economía verde” como la economía que busca un bienestar al ser humano, equidad social, reducir los riesgos ambientales y promover el uso de energías renovables (ONU, PNUMA, 2020). La emergencia climática actual, hace un llamado para

abogar por esta nueva economía, con el fin de mitigar el daño ambiental y además promover el uso de energías renovables.

Actualmente el derecho bursátil, está ajustando las inversiones que se proponen cubrir las necesidades del planeta y la población. Un ejemplo claro de esto, son los bonos temáticos por medio de las inversiones verdes, azules o naranjas; donde los instrumentos financieros cumplen las mismas funciones que un instrumento regulador, la diferencia versa en el manejo e inversión de los fondos.

De esta forma, los bonos temáticos y las inversiones verdes proponen por medio de una economía circular y limpia, utilizar los fondos de las inversiones en proyectos que protejan el medio ambiente, los recursos acuíferos, así, como también, proyectos sociales como escuelas o albergues y proyectos de energías renovables. Todo con el fin de promover un desarrollo sostenible al mismo tiempo que se impulsa la economía.

Los bonos temáticos son emisiones de bonos vinculados a la sostenibilidad, son instrumentos de deuda destinados a apoyar proyectos que ayuden al desarrollo sostenible (Ellis, 2023). Mediante el mercado de valores, se pretende impulsar esta economía verde y circular, financiando proyectos de mitigación, proyectos de adaptabilidad climática o proyectos sociales como escuelas y colegios. En el siguiente cuadro se aprecian algunos de los proyectos que pueden ser financiados a través del mercado de valores, por medio de bonos temáticos:

Proyectos de mitigación	Proyectos de adaptación
-------------------------	-------------------------

<ul style="list-style-type: none"> • Proyectos de Energía Solar y Eólicas • Nuevas tecnologías • Mayor eficiencia en transporte • Manejo de Desechos • Construcción de edificios con energías eficientes • Prevenir la deforestación 	<ul style="list-style-type: none"> • Gestión sostenible del Agua • Protección de inundaciones • Implementación de agricultura resiliente para disminuir la deforestación • Protección de los bosques • Gestión Sostenible de recursos naturales y el uso de tierras • Conservación de la Biodiversidad
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Tesina por optar por el grado de bachillerato en derecho “LA BOLSA NACIONAL DE VALORES DE COSTA RICA EN EL DERECHO BURSÁTIL COMO MEDIO IMPULSADOR DE LA ECONOMÍA EN COMPROMISO CON EL DESARROLLO SOSTENIBLE”. Ellis, 2023)

En Colombia, el banco Bancolombia ha financiado 43 proyectos de energías limpias, recibiendo recursos por \$1,3 billones obtenidos en tres emisiones de bonos verdes CO, además han logrado evitar la emisión de 141.600 toneladas de CO₂ (Soto, 2021).

En esta línea, otros países, como Costa Rica, financió el proyecto solar Huacas, Guanacaste. Otro caso que merece ser mencionado es el caso de Belice, quien ha logrado reducir la deuda externa gracias a la emisión de un bono azul que emitió el Gobierno de Belice. Mediante esta emisión el país centroamericano recompró 100% de su superbono con un descuento del 45% sobre el nominal (TNC, 2020). Este bono azul, fue emitido para financiar la conservación de los océanos de Belice.

De esta forma, el mercado de valores se compromete con el desarrollo sostenible al mismo tiempo que promueven la economía, ya que eventualmente los bonos temáticos cuentan con las mismas

características de un bono tradicional, con la única diferencia en el uso de los fondos.

¿Qué derechos humanos se pueden ver beneficiados mediante el mercado de valores de acuerdo con los bonos temáticos?

El compromiso del mercado de valores es cumplir con los objetivos de desarrollo sostenible, buscando financiar proyectos a través de los bonos temáticos verdes, donde se proteja el derecho humano a tener un ambiente limpio y sano. A su vez, existen los bonos temáticos sociales, que se encargan de financiar proyectos como escuelas, hospitales, viviendas de interés social, es decir, proyectos que produzcan un bien social con un impacto positivo (Ellis,2023, p.106). Estos bonos sociales buscan proteger derechos humanos como el acceso a la salud, a la educación, a una vivienda digna, al mismo tiempo que generan trabajo. Los bonos temáticos son una herramienta financiera innovadora que, han sido creados con la esperanza de fomentar la sostenibilidad y el crecimiento financiero.

Tal es el caso de la emisión de \$100 millones de dólares para financiar Pymes, lideradas por mujeres con el fin de facilitar su acceso a créditos hipotecarios, siendo este un bono con enfoque de género (Forbes, 2021). El mercado de capitales busca expandir los recursos con el objetivo, no solo de crecer en el mercado, sino de lograr un crecimiento económico que vaya de la mano de una economía sostenible, que beneficie tanto a la sociedad como a la madre Tierra.

Si bien el sector privado podrá verse muy beneficiado, considero que es el sector público, principalmente el Estado, será el más interesado en implementar esta nueva economía limpia y circular, por medio de bonos temáticos e inversiones verdes. Donde se cumplirán objetivos de

desarrollo sostenible, al mismo tiempo que se impulsa la economía del país.

Pese a este clima positivo que encuadra el mercado de valores, existen falencias en Latinoamérica, las cuales se analizan en el siguiente apartado.

Falencias que afectan la economía verde y los derechos humanos en Latinoamérica

Los países latinoamericanos enfrentan falencias como la desigualdad, la pobreza, la informalidad en el mercado laboral, la migración, la explotación de recursos naturales, las cuales, generan una falta de conciencia ambiental con el fin de obtener los recursos financieros. Véase el caso de la minería ilegal. Si bien, estos problemas tienen raíces en diferentes causas, se considera que, desde la inversión financiera, se pueda promover la educación y proyectos sostenibles que logren ofrecer alternativas de desarrollo a los países latinoamericanos.

La movilización de recursos financieros para promover la economía verde es un desafío importante, la cual, mediante los bonos temáticos, que el mercado de valores pretende ofrecer, lleva a que el financiamiento logre apoyar el compromiso con el desarrollo sostenible. Se requieren campañas educativas que promuevan el estudio del mercado de valores, con el fin de que más personas puedan ver este mercado como una herramienta para buscar financiamiento, así como para lograr inversiones, desde una conciencia que busque una economía verde y circular. Para que de esta manera las comunidades vulnerables puedan disfrutar de sus derechos humanos; como el derecho humano a la salud, a tener un ambiente limpio y sano, y el acceso a la educación.

Conclusión

Se percibe como conclusión central a la temática abordada, la importancia del derecho bursátil y el mercado de capitales (mercado de valores: mercado primario y mercado secundario), para la nueva economía verde impulsada por la ONU, con el fin de mitigar el daño ambiental y de proteger los derechos humanos a la salud, a la educación, vivienda digna y, claro está, a un ambiente sano y limpio, protegiendo los recursos naturales.

Quiero concluir con mi frase favorita del jurista José Meli Mundi que dice: *“Más tarde comprendí que la relación con el dinero, en el mundo físico en que nos manejamos, es ineludible y será mejor llevarla a cabo en la forma más inteligente posible, poniéndola al servicio de nosotros, para lograr un mejor desarrollo integral como personas.”* (M.Mundi,2010,). Soy propulsora y defensora de los derechos humanos, lo cual es mi pasión, pero en el mundo material en que vivimos, urgimos de una economía fuerte para poder proveer de servicios que satisfagan los derechos humanos, como a todas las personas, sin discriminación. Considero que el derecho bursátil es una herramienta que, junto con la educación, son las llaves que abren las puertas, para incentivar tanto la economía global como la calidad de vida de las personas.

Referencias Bibliográficas

- Bocanegra Vásquez et al (2017) Relación entre el mercado de capitales y el crecimiento económico en el año 2017, Universidad de Lima, Perú.
- Hernández Aguilar (2002) Tomo I, Derecho Bursátil, Universidad de Costa Rica
- Larry Fink. (2024) Annual Chairman’s Letter to Investors. BlackRock.
<https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-annual-chairmans-letter>
- Ellis Quirós Michelle F. 2023. *La importancia de la Bolsa Nacional de Valores de Costa Rica en el derecho bursátil y su compromiso con el Desarrollo Sostenible*. [Tesina para obstar por el Bachillerato en Derecho, Universidad Hispanoamericana]
- <https://www.imf.org/es/Blogs/Articles/2024/04/16/global-economy-remains-resilient-despite-uneven-growth-challenges-ahead>

Salomón Asmar Soto (2021) El futuro de la sostenibilidad. *La república, Colombia*
<https://www.larepublica.co/especiales/el-futuro-de-la-sostenibilidad/los-cinco-bonos-verdes-que-se-han-emitido-en-el-pais-suman-un-total-de-2-8-billones-3176556>

The Natural Conservancy (2021) *ESTUDIO DE CASO: BONOS AZULES PARA LA CONSERVACIÓN DE LOS OCEANOS DE BELICE.*
https://www.nature.org/content/dam/tnc/nature/en/documents/Spanish_TNC_Belize_case_study_11.6.23.pdf.

Jose Melli Mundi (1996) *Todo sobre la Bolsa de Valores.* Chile.

LA TRAVESÍA DE LA JUSTICIA

El Papel de la Sociedad Civil en el tránsito hacia la centralidad de las víctimas en Colombia

HERNANDO PEÑA SALGUERO⁵³

THE JOURNEY OF JUSTICE

Resumen

Este artículo analiza cómo la sociedad civil organizada ha contribuido a la instauración y defensa del principio de centralidad de las víctimas en el

⁵³ Abogado egresado de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Procesal y Derecho Constitucional. Magister en Derecho Administrativo y Derechos Humanos, D. I. H, y Transformaciones Sociales para la Paz.

Sistema para la Paz en Colombia. Las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC) en Colombia han desempeñado un papel esencial en la promoción y defensa de los derechos de las víctimas del conflicto armado, visibilizando violaciones de derechos humanos y exigiendo justicia, reparación y verdad. Utilizando una metodología cualitativa basada en una revisión de la literatura existente y el análisis de documentos jurídicos y oficiales, se caracteriza la influencia de las OSC en el marco jurídico y político colombiano. Este estudio destaca el impacto de organizaciones de la sociedad civil, quienes, a través de acciones legales, movilizaciones sociales y participación en mesas de diálogo, han contribuido a la creación de políticas públicas y normativas que protegen a las víctimas y promueven su reparación integral. Sin embargo, las OSC enfrentan numerosos desafíos, incluyendo la falta de articulación interinstitucional, recursos financieros limitados, riesgos de seguridad, exclusión y discriminación de grupos vulnerables y, dificultades en la implementación de políticas y programas.

Palabras clave: Sociedad Civil, proceso de paz, centralidad de las víctimas, reivindicación de derechos.

Abstract

This article analyzes how organized civil society has contributed to the establishment and defense of the principle of centrality of victims in the Colombian Peace System. Civil Society Organizations (CSOs) in Colombia have played an essential role in the promotion and defense of the rights of victims of the armed conflict, making human rights violations visible and demanding justice, reparation and truth. Using a qualitative methodology based on an exhaustive review of existing literature and the analysis of legal and official documents, the influence of CSOs in the Colombian legal and political framework is characterized. This study highlights the impact of organizations that through legal actions, social mobilizations and participation in dialogue roundtables, these organizations have contributed to the creation of public policies and regulations that protect victims and promote their integral reparation.

However, CSOs face numerous challenges, including lack of inter-institutional articulation, limited financial resources, security risks, exclusion and discrimination of vulnerable groups, and difficulties in the implementation of policies and programs.

Keywords: Civil Society, peace process, victim centrality, vindication of rights.

El conflicto armado en Colombia ha dejado un legado de violencia y sufrimiento que ha afectado a millones de personas. Desde 2016, el país ha experimentado un proceso de paz que busca poner fin a décadas de confrontación armada. En este contexto, la atención y reconocimiento de las víctimas se han convertido en aspectos centrales para la construcción de una paz sostenible y justa. Este artículo busca explorar cómo la sociedad civil ha contribuido a la instauración y defensa del principio de centralidad de las víctimas en el Sistema para la Paz en Colombia.

El análisis del impacto de la academia y otros sectores de la sociedad civil, en relación con las violaciones de derechos humanos, es crucial, especialmente en la construcción de la paz con respecto a las víctimas que históricamente han incidido en el proceso. El objetivo principal de este artículo es analizar el papel de la sociedad civil en la promoción y defensa del principio de centralidad de las víctimas en el marco del Sistema para la Paz en Colombia. Para lograr este objetivo, se plantea identificar las acciones y estrategias de la sociedad civil que han influido en la inclusión de los derechos de las víctimas en el marco jurídico colombiano, y analizar cómo estos procesos han moldeado la visión hacia las víctimas en los procesos derivados del Sistema para la Paz.

El trabajo se enmarca en una perspectiva cualitativa a partir de una revisión exhaustiva de la literatura existente, así como en el análisis de documentos jurídicos y oficiales que registran y reglamentan el principio de centralidad de las víctimas en Colombia. Se realizará una búsqueda

sistemática de documentos relevantes utilizando bases de datos académicas y gubernamentales de la Jurisdicción Especial para la Paz, el Ministerio de Justicia y la Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas. La selección de documentos se basará en criterios predefinidos, como su relevancia para el tema de estudio y su fecha de publicación.

Justicia Transicional y Derechos de las Víctimas

La justicia transicional y el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el marco del derecho internacional, son temas que requieren un enfoque integral. Autores como Macías (2021) que destacan la importancia de los mecanismos judiciales para garantizar el derecho a la justicia, acompañada de la necesidad de una reparación integral para superar los efectos de un conflicto armado (García, 2019), permiten comprender que la justicia transicional se refiere a los procesos y mecanismos utilizados por las sociedades para enfrentar legados de abusos masivos y sistemáticos, de derechos humanos, con el fin de establecer una paz duradera y fortalecer el Estado de derecho. Estos mecanismos no quedan únicamente reconocidos en los procesos judiciales, sino que en él también participan las comisiones de la verdad y reformas institucionales.

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), de conformidad con la Disposición Transitoria 12 de la Ley 01 de 2017, establece los mecanismos necesarios para garantizar la participación activa de las víctimas en los procedimientos administrativos y, su facultad de participar como mediador con base en estándares nacionales e internacionales. Esto incluye garantías culturales, prácticas y probatorias, acceso a recursos judiciales y consentimiento a otros derechos relevantes, y no discriminación de grupos étnicos y culturales, garantizando la transición de la no violencia a la verdadera paz. La Ley 1957 contempla *“un listado no taxativo de trabajos, obras y actividades que pueden tener contenido reparador e impacto restaurador, bajo ciertas condiciones”* (Congreso de la República, 2019). No obstante, la JEP podrá valorar otras acciones, obras o actividades distintas a esas, para determinar si fueron

reparadoras-restauradoras. Los comparecientes podrán presentar a la JEP proyectos de sanción propia antes de impuesta la sanción, y si, se establece que el proyecto de sanción propia cumple con el contenido reparador podrá aplicarse; de no ser así, el Tribunal para la Paz establecerá e impondrá el proyecto TOAR.

En ese sentido, la reparación no se limita a compensaciones económicas; incluye la restitución de derechos, la rehabilitación psicosocial, las garantías de no repetición y la satisfacción, que puede implicar medidas simbólicas como disculpas públicas y monumentos conmemorativos, consagrando instrumentos nacionales e internacionales. Sin embargo, Ruiz (2012) advierte sobre la indeterminación normativa en el campo de la justicia transicional en Colombia, lo que puede afectar la implementación efectiva de estos mecanismos. Tovar (2020) propone una estrategia que articula las categorías de víctima y derecho a la reparación, basada en el derecho internacional de los derechos humanos, para promover la expansión de la reparación en escenarios no transicionales.

Esta estrategia para la reparación puede comprenderse mejor desde el enfoque de capacidades de Martha Nussbaum. Arias (2013) explica que Nussbaum enfatiza la importancia de la dignidad humana y el cumplimiento de las capacidades humanas básicas, y enuncia los trabajos colectivos de la sociedad civil como un elemento clave para garantizar los derechos humanos en contextos de transición. Este enfoque, que complementa el lenguaje de los derechos, se fundamenta en el concepto de dignidad humana y proporciona una base moral para reconocer y proteger estas capacidades (Salles, 2023).

La teoría de las capacidades de Nussbaum compone una base sólida para las garantías humanas y una sociedad justa, ya que se centra en los requisitos mínimos para una vida digna (Freitas, 2020), la cual se comprende como el pleno desarrollo de las capacidades fundamentales que permiten a los individuos llevar una vida activa y (re)significativa. Este enfoque no solo reconoce los derechos básicos de los individuos, sino que

también subraya la importancia de crear condiciones sociales y económicas que permitan a todas las personas ejercer y disfrutar de estos derechos de manera efectiva.

En el contexto de la justicia transicional, la teoría de las capacidades proporciona un marco que va más allá del mero reconocimiento legal de los derechos. Al enfocarse en la dignidad humana y en el desarrollo de capacidades vitales para la defensa de la verdad como derecho, este enfoque aborda las necesidades y aspiraciones concretas de las víctimas. Esto es particularmente relevante en escenarios postconflicto, donde la restauración de estas capacidades puede ser crucial para la reintegración de las víctimas en la sociedad y la prevención de futuros conflictos.

La incidencia de la sociedad civil en la justicia transicional en Colombia se evidencia incluso en el diseño mismo de los mecanismos judiciales de reparación dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Dentro del componente restaurador-reparador, existe un mecanismo para el reconocimiento de las sanciones propias por parte de los comparecientes que se someten a la JEP. Esto hace referencia, por una parte, *"al proceso de imposición de la sanción como dialógico restaurativo, y por otra parte a los Trabajos, Obras y Actividades con contenido Reparador (TOAR), que deben cumplir los comparecientes sancionados como parte de su sanción y que deben efectivamente contribuir a la reconstrucción del tejido social afectado por los crímenes cometidos y a una transformación de la sociedad que garantice la efectiva superación del conflicto"* (JEP, 2020).

Esta característica especial del sistema para determinar sanciones implica que las organizaciones de víctimas y sus representantes estén informados constantemente y que, sobre ellos también recaigan las consultas de cómo ha de ser reparado el daño. Esto asegura que, la restauración integral de los daños ocasionados como consecuencia de los delitos cometidos en el marco y con ocasión del conflicto armado corresponda, dignamente, a la centralidad de las víctimas en el proceso de paz y respete los principios de efectividad y proporcionalidad propios del sistema jurídico colombiano. La participación activa de la sociedad civil,

en este sentido, garantiza que las voces de las víctimas sean escuchadas y que las medidas de reparación sean adecuadas y efectivas, contribuyendo así a una justicia verdaderamente restaurativa y a la construcción de una paz sostenible.

La sociedad civil, según este marco teórico, juega un papel esencial en la promoción y protección de estas capacidades. Las organizaciones de la sociedad civil pueden actuar como mediadores, defensores y proveedores de recursos, apoyando a las víctimas en su proceso de recuperación y empoderamiento. Al trabajar en conjunto con las instituciones estatales y el sistema judicial, estas organizaciones pueden contribuir a crear un entorno donde las capacidades humanas básicas sean reconocidas, protegidas y promovidas, facilitando así una transición más justa y sostenible hacia la paz y la reconciliación.

Asimismo, se puede considerar la perspectiva de Ronald Dworkin y su teoría del derecho como integridad, relevante para entender la protección de los derechos de las víctimas en contextos de conflicto. Dworkin propone que las decisiones judiciales deben ser tomadas con integridad, considerando la coherencia y la moralidad del sistema legal en su conjunto, lo cual es crucial para garantizar que las víctimas reciban justicia y que sus derechos sean respetados y protegidos de manera consistente.

En conclusión, el desarrollo teórico de la justicia transicional y los derechos de las víctimas se centra en la importancia de los mecanismos judiciales, la reparación integral, las comisiones de la verdad, la participación de la sociedad civil y las víctimas, además de un enfoque holístico para abordar las causas subyacentes del conflicto. De esta manera, la teoría de las capacidades no solo complementa el lenguaje de los derechos humanos, sino que también proporciona una base moral y práctica para la implementación de políticas de justicia transicional, que realmente respondan a las necesidades de las víctimas y promuevan una sociedad más justa y equitativa.

Sin embargo, si bien estos elementos son fundamentales para garantizar una transición hacia la paz y la justicia en sociedades afectadas por conflictos armados y violaciones masivas de derechos humanos. La transición entre la teoría y la realidad es más compleja de lo que se sospecha. La materialización de esas garantías trasciende la creación de normas jurídicas. Nussbaum destaca la importancia de una concepción amplia de la justicia que incorpore no solo aspectos legales, sino también aspectos sociales y económicos que afectan la capacidad de las personas para llevar vidas dignas. Su enfoque en las capacidades humanas básicas proporciona un marco para evaluar y abordar las desigualdades que surgen en contextos postconflicto, donde las necesidades de reconstrucción y reconciliación son variadas y complejas.

Por otro lado, Ronald Dworkin enfatiza la importancia de la igual consideración y el trato justo de cada individuo en la sociedad. Su concepto de "igual respeto y consideración" implica que las instituciones y políticas deben tratar a todos los ciudadanos como iguales en términos de consideración moral y respeto por sus derechos. En el contexto postconflicto, esto implica la necesidad de abordar las divisiones y desigualdades que pueden haber surgido durante el conflicto, reconociendo la dignidad y los derechos de todas las partes involucradas.

En resumen, las obras de Nussbaum, Dworkin y Rawls, ofrecen perspectivas complementarias sobre la justicia y su aplicación en contextos postconflicto, que al ser enfocadas en la importancia de una concepción amplia de la justicia, el trato igualitario de todos los individuos y la imparcialidad en el diseño de instituciones y políticas, estas teorías proporcionan un marco sólido para caracterizar el papel de la sociedad civil en los procesos de incidencia democrática, reconstrucción y reconciliación postconflicto.

Participación Ciudadana y Construcción de Paz

La participación ciudadana emerge como un pilar fundamental en la construcción de paz y en la promoción de los derechos de las víctimas en

contextos postconflicto. Con base en las ideas de Amartya Sen, quienes abogan por una visión integral del desarrollo humano reconocen que la participación activa de los ciudadanos es esencial para el florecimiento de sociedades justas y pacíficas. Esta participación va más allá de la mera expresión de opiniones, abarcando la implicación directa en la toma de decisiones, el diseño de políticas y la implementación de programas que aborden las necesidades y aspiraciones de las comunidades afectadas por el conflicto.

La participación ciudadana se caracteriza por su carácter inclusivo y democrático, donde todas las voces, especialmente las de las víctimas, son valoradas y tenidas en cuenta. Visto desde los derechos humanos *“la sociedad civil alberga una pluralidad de actores que, por lo menos en el discurso, trabajan en favor de la dignidad humana. Para consubstanciar este discurso deben interactuar intensivamente entre sí e incluso entre los Estados y la comunidad internacional en su conjunto”* (Ribeiro Leão, 2010, pág. 251). En este sentido, la sociedad civil desempeña un papel crucial al actuar como intermediaria entre el Estado y las comunidades afectadas, asegurando que las políticas y programas diseñados sean sensibles a las necesidades reales y contribuyan efectivamente a la reconciliación y reconstrucción postconflicto.

Además, la participación ciudadana fomenta la rendición de cuentas y la transparencia, fortaleciendo así la confianza en las instituciones y promoviendo una cultura de respeto por los derechos humanos. En última instancia, al empoderar a las comunidades y darles voz en los procesos de toma de decisiones, la participación ciudadana se convierte en un catalizador para la construcción de sociedades más justas, inclusivas y resilientes.

Papel de la Sociedad Civil en la Promoción de los Derechos de las Víctimas

Respecto a las experiencias internacionales, Macías (2021) destaca la importancia de los mecanismos judiciales para garantizar el derecho a la

justicia. En este contexto, los tribunales nacionales e internacionales juegan un papel crucial al enjuiciar a los responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, y genocidio. Estos procesos judiciales no solo buscan la rendición de cuentas, sino que también sirven para establecer la verdad y prevenir la repetición de violaciones graves de derechos humanos. La Corte Penal Internacional (CPI) y los tribunales híbridos han sido instrumentos clave en este esfuerzo global, aunque enfrentan desafíos significativos, como la cooperación limitada de algunos Estados y la politización de la justicia.

Además, uno de los ejemplos más emblemáticos de la participación de la sociedad civil en un proceso de justicia transicional es la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) de Sudáfrica, establecida después del fin del apartheid. La sociedad civil sudafricana, incluyendo organizaciones de derechos humanos, iglesias y grupos comunitarios, jugó un papel vital en la formación y el funcionamiento de la CVR. Estas organizaciones no solo presionaron para la creación de la comisión, sino que también participaron activamente en la recopilación de testimonios y en la sensibilización de la población sobre los derechos de las víctimas.

La CVR se centró en documentar los abusos cometidos durante el apartheid y en proporcionar un espacio para que las víctimas pudieran contar sus historias. La participación de la sociedad civil fue crucial para asegurar que el proceso fuera inclusivo y representativo de todas las comunidades afectadas. Además, las organizaciones de la sociedad civil proporcionaron apoyo psicológico y legal a las víctimas, ayudándolas a enfrentar el trauma y a buscar justicia y reparación.

Otro caso ejemplar está en Guatemala, la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado (ODHA) desempeñó un papel destacado en el proceso de justicia transicional después del conflicto armado interno que duró más de tres décadas. La ODHA fue responsable de la elaboración del informe "Guatemala: Nunca Más", que documentó las atrocidades cometidas durante el conflicto y proporcionó una base para la reconciliación y la

justicia. Este informe fue crucial para visibilizar el sufrimiento de las víctimas y para promover una cultura de derechos humanos en el país.

La sociedad civil guatemalteca, incluyendo a la ODHA y otras organizaciones de derechos humanos, trabajó incansablemente para apoyar a las víctimas y asegurar que sus derechos fueran reconocidos y respetados. Estas organizaciones brindaron asistencia legal y psicológica a las víctimas, y desempeñaron un papel esencial en la presión al gobierno para implementar medidas de reparación y justicia. Su trabajo ayudó a construir un marco normativo y político que reconociera y protegiera los derechos de las víctimas, contribuyendo así a la construcción de una paz duradera.

En Sierra Leona, la guerra civil que devastó el país durante la década de 1990, dejó un legado de abusos masivos de derechos humanos. Tras el fin del conflicto, las Fuerzas de Tarea de la Sociedad Civil (FTSC) jugaron un papel esencial en el proceso de justicia transicional. Estas fuerzas de tarea, compuestas por diversas organizaciones no gubernamentales y grupos comunitarios, trabajaron para apoyar la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona y el Tribunal Especial para Sierra Leona.

Las FTSC se centraron en garantizar que las voces de las víctimas fueran escuchadas y que se implementaran medidas de reparación y justicia. A través de campañas de sensibilización, apoyo a las víctimas y presión política, estas organizaciones contribuyeron a la creación de un entorno más justo y equitativo para las víctimas del conflicto. Además, las FTSC promovieron la inclusión de una perspectiva de género en el proceso de justicia transicional, asegurando que las necesidades específicas de las mujeres y niñas afectadas por el conflicto fueran atendidas.

En ese orden de ideas, las experiencias de Sudáfrica, Guatemala y Sierra Leona, demuestran que la participación de la sociedad civil es esencial para el éxito de los procesos de justicia transicional y reconciliación postconflicto. Estas organizaciones no solo proporcionan apoyo directo a las víctimas, sino que también desempeñan un papel crucial en la

promoción de políticas y marcos normativos que protegen los derechos humanos. A través de su trabajo, la sociedad civil ayuda a construir una base para una paz duradera y una justicia equitativa, asegurando que las víctimas sean reconocidas, respetadas y reparadas. En resumen, la sociedad civil es un actor indispensable en la construcción de un futuro más justo y reconciliado en contextos postconflicto.

La influencia de la sociedad civil en las relaciones internacionales se manifiesta a través de su capacidad para generar cambios en las estructuras conceptuales del Estado. A medida que la sociedad civil se moviliza y defiende los derechos humanos en el ámbito internacional, desafía y transforma las nociones tradicionales de soberanía estatal y responsabilidad gubernamental. En el caso colombiano, la participación de la sociedad civil en la implementación de los acuerdos de paz, y en el fortalecimiento de las instituciones de justicia transicional, refleja esta dinámica. La sociedad civil no solo aboga por la rendición de cuentas y la justicia para las víctimas, sino que también contribuye al desarrollo de capacidades y la construcción de una cultura de respeto por los derechos humanos a nivel nacional e internacional.

Como señala el informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2023), la sociedad civil actúa como un puente entre todos los actores y avanza en la defensa de los derechos de las víctimas, al apoyar esfuerzos para integrar normas y estándares internacionales de derechos humanos en los acuerdos de paz. Este papel activo de la sociedad civil no se limita a un ámbito nacional; de hecho, las resoluciones adoptadas por el Consejo de Derechos Humanos en 2023 sobre asistencia técnica en Colombia, reflejan el reconocimiento internacional de la importancia de fortalecer la participación de la sociedad civil en los procesos de justicia transicional y reconciliación, a partir de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad.

Papel de las OSC en Colombia

Las Organizaciones de la Sociedad Civil en Colombia han jugado un papel fundamental en la promoción y defensa de los derechos de las víctimas del conflicto armado. Estas organizaciones han visibilizado las violaciones de derechos humanos y exigido justicia, reparación y verdad. Especialmente porque las OSC en Colombia han empleado una serie de acciones y estrategias para promover y defender los derechos de las víctimas. Entre ellas se incluyen los esfuerzos para garantizar la seguridad alimentaria, erradicar la pobreza y la desigualdad, y combatir la violencia (Marín-Aranguren, 2020), utilizando la acción pública y las redes para defender los derechos humanos y salvar vidas (Aranguren, 2009).

En América Latina, el movimiento por los derechos humanos, incluida Colombia, ha utilizado diversas estrategias para exigir justicia, verdad y memoria (Placencia, 2017), que incluyen la formación de movimientos sociales y políticos transnacionales, la revitalización de los esfuerzos por la verdad, la reconciliación y la justicia, y la internacionalización de la lucha a través de diversos medios como el litigio estratégico, la incidencia política y la movilización social. En el contexto del conflicto armado, las OSC se han involucrado en acciones de memoria colectiva, como la reconstrucción de las historias de las víctimas, para fortalecer el tejido social (Elena, 2016).

En el proceso de paz colombiano, diversas organizaciones y movimientos sociales han tenido un impacto significativo en la inclusión de los derechos de las víctimas en el marco jurídico y político, con un énfasis particular en la centralidad de las víctimas. Uno de los ejemplos más destacados es el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE). Fundado en 2005, MOVICE ha trabajado incansablemente para visibilizar las atrocidades cometidas durante el conflicto armado, y para garantizar que los derechos de las víctimas sean reconocidos y respetados. A través de acciones legales, movilizaciones sociales y participación en mesas de diálogo, MOVICE ha contribuido a la creación de políticas públicas y normativas que protegen a las víctimas y promueven su reparación integral.

Otra organización clave en este proceso es la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), la cual ha jugado un papel esencial en la defensa de los derechos humanos y en la representación legal de víctimas de violaciones de derechos humanos en Colombia. Su trabajo ha sido fundamental para impulsar la adopción de leyes y mecanismos que garantizan la justicia transicional, incluyendo la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras de 2011. La CCJ ha trabajado en estrecha colaboración con organizaciones de víctimas, brindando asistencia técnica y jurídica para asegurar que las voces de las víctimas sean escuchadas y que, sus derechos sean debidamente atendidos en el marco del proceso de paz. Dentro de sus labores destacan los procesos de incidencia política y judicial para permitir la publicidad de la información de inteligencia y contrainteligencia, necesaria para comprender las órdenes oficiales para combatir el conflicto.

Finalmente, la Ruta Pacífica de las Mujeres ha sido un movimiento social destacado que ha luchado por la inclusión de las mujeres víctimas en el proceso de paz colombiano. Este movimiento ha subrayado la importancia de una perspectiva de género en la justicia transicional y ha trabajado para asegurar que las voces y experiencias de las mujeres sean reconocidas. A través de su participación en diálogos de paz y su incidencia política, la Ruta Pacífica de las Mujeres ha contribuido a la creación de políticas y programas que abordan las necesidades específicas de las mujeres víctimas, promoviendo su empoderamiento y su participación en la construcción de una paz sostenible.

Sin embargo, a pesar de su reconocimiento, estas organizaciones se enfrentan a una serie de obstáculos que dificultan su labor y limitan su capacidad de impacto. La falta de cooperación interinstitucional es uno de los principales obstáculos que enfrentan las organizaciones no gubernamentales en Colombia. A pesar de los esfuerzos para integrar a diversas entidades gubernamentales y no gubernamentales en el proceso de justicia transicional, la coordinación entre estas organizaciones con frecuencia es deficiente. La falta de cohesión puede resultar en esfuerzos duplicados, ineficacia en la implementación de políticas y programas,

además de una respuesta fragmentada a las necesidades de las víctimas. Además, los procesos administrativos complejos y la burocracia pueden retrasar significativamente los procesos de reparación y justicia.

Las organizaciones con frecuencia cuentan con recursos financieros limitados, lo que les dificulta llevar a cabo sus actividades y programas de manera efectiva. Muchas de estas organizaciones se encuentran en situación de colectiva dependencia a la financiación de fondos internacionales y donaciones, por su exposición a los cambios de prioridad de los donantes y los desafíos de adaptarse a entornos financieros cambiantes. De modo que, las organizaciones sin fines de lucro pueden verse comprometidas en cuanto a su viabilidad a largo plazo debido a su dependencia financiera.

La viabilidad de las labores asumidas por las OSC también se ve en jaque por los riesgos de seguridad que enfrentan los miembros, al trabajar en la defensa de los derechos humanos en un contexto postconflicto. En Colombia, los defensores de los derechos humanos y los líderes sociales han sido objeto de intimidaciones, amenazas y agresiones, según Amnistía Internacional *“se han recibido innumerables denuncias de personas defensoras de derechos humanos en Colombia que sufren ataques y amenazas por la labor que desempeñan”* (2023). Esta situación crea un entorno de temor e inseguridad que puede obstaculizar la capacidad de las organizaciones no gubernamentales para operar libremente y realizar sus actividades de manera efectiva. Este problema se agrava como resultado de la falta de protección adecuada por parte del Estado, lo que pone en riesgo la vida y la integridad de quienes defienden los derechos de las víctimas.

Influencia en el Marco Jurídico y Político

La construcción del marco jurídico y político colombiano en relación con los derechos de las víctimas, está atravesado por la gestión de las OSC. Actualmente se pueden identificar logros y desafíos en este ámbito, así

como posibles recomendaciones para fortalecer el papel de la sociedad civil en la protección y reconocimiento de los derechos de las víctimas. La Ley Estatutaria 1957 de 2019, por ejemplo, *“fija parámetros claros para la atención de las víctimas y la materialización de sus derechos ... [que garanticen] plenamente los derechos de las víctimas a lo largo de todos los procesos en la JEP”* (Congreso de la República, 2019), mediante la regulación de medidas para la reparación, de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario ratificado por Colombia.

A partir de la expedición de esta normativa nace el CONPES 4094 de 2022, el cual materializa las intenciones, estableciendo lineamientos para implementar un arreglo institucional del Estado que facilite la ejecución de sanciones propias y medidas de contribución a la reparación dentro del proceso judicial especial adelantado por la JEP, el cual permita que todos quienes reciban tratamientos no sancionatorios contribuyan a la reparación integral, diferenciada y efectiva del daño causado a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Para eso, incorpora las medidas catalogadas por la ley estatutaria, las cuales reconocen de entrada que, si bien el daño pudo haber sido individual o colectivo, la reparación se define en relación con el grado de reconocimiento de verdad y de responsabilidad de cada uno de los comparecientes.

No obstante, en el CONPES se define que, aunque todos los comparecientes tienen la exigencia de contribuir a la verdad, la responsabilidad y carga de contribución no es la misma para todos, *“sino que debe ser proporcional a los delitos cometidos y a su grado de participación en ellos”* (Congreso de la República, 2019). En ese sentido, quienes comparezcan, como parte de su régimen de condicionalidad, deberán hacer aportes concretos a la reparación de las víctimas *“que serán objeto de seguimiento y supervisión por parte de la Jurisdicción”* (Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018) mediante un plan de acción compuesto por tres ejes estratégicos desarrollados a través de ocho líneas de acción que implican la ejecución de 11 acciones de política

por parte de diferentes entidades, que dan respuesta a las problemáticas anteriormente planteadas⁵⁴.

De esas líneas de acción, la que destaca para el análisis de este trabajo es la Línea Tercera, que promueve la acción articulada entre la JEP, el Gobierno nacional y agentes interesados en la implementación de las sanciones propias y medidas de reparación a cargo de los comparecientes ante la JEP, como organizaciones de víctimas, otros grupos de la sociedad civil, sector privado, cooperación y gobiernos locales. Según lo estipulado, esta línea de acción tenía orden de comenzar en enero del 2023 hasta junio del mismo año, sin embargo, a pesar de las mesas territoriales para la socialización de hallazgos y perspectivas de la sociedad civil, el tiempo y los fondos han resultado insuficientes para concretar una correcta articulación interinstitucional.

Desafíos y Oportunidades

Las organizaciones de la sociedad civil (OSC) enfrentan una serie de obstáculos en la defensa de los derechos de las víctimas dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). Entre estos desafíos se encuentran las barreras institucionales, políticas y sociales que impiden la plena implementación del principio de victimización total.

Entre los obstáculos institucionales, políticos y sociales que impiden la plena implementación del principio de victimización total, se considera una de las propuestas: tomar medidas imponiendo sanciones en primer lugar a quienes parecen respetar la autoridad de las víctimas. Las entidades, con el fin de facilitar la implementación de sanciones y sus

⁵⁴ “El detalle de las acciones propuestas se describe en el Plan de Acción y Seguimiento, el cual señala las entidades responsables y corresponsables, los períodos de ejecución, las metas, así como los recursos indicativos necesarios y disponibles para su implementación.” (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2022, pág. 4)

propias acciones para contribuir a la compensación, deben establecer canales temporales de asesoramiento e información para responder a las víctimas del conflicto armado ante las modificaciones al estatuto jurídico que les afectan. Según Ideas para la Paz (2017), esto significa participar con SIVJRN y especialmente con la JEP. Este mecanismo podrá funcionar temporalmente dependiente del Ministerio Público y/o de la Secretaría General de la JEP.

Otra recomendación dirigida al Gobierno Nacional y a las extintas FARC-EP consta en socializar los actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad y las acciones concretas de reparación. Estas acciones se proponen para que las partes con responsabilidades específicas en el conflicto reconozcan y demuestren su compromiso con el derecho a la verdad de las víctimas poco después de la firma del Acuerdo Final, y de esa manera, sea necesario obtener y mantener cualquier otro trato especial dentro de los juicios penales que sostiene la JEP.

A pesar de los esfuerzos por incluir a todas las víctimas en el proceso de justicia transicional, algunos grupos vulnerables, como mujeres, niños, personas LGBTI y comunidades indígenas y afrodescendientes, siguen enfrentando barreras significativas para acceder a la justicia y la reparación. Las OSC han identificado que la discriminación y la exclusión de estos grupos impiden una reparación integral y justa. Además, la falta de un enfoque diferenciado que aborde las necesidades específicas de estos grupos limita la efectividad de las políticas y programas de reparación.

Un tercer desafío es la insuficiente articulación entre entidades del Gobierno nacional, la JEP y agentes interesados, como las organizaciones de víctimas y otros grupos de la sociedad civil. Según el Departamento Nacional de Planeación (DNP, 2022), no existen procedimientos claros que determinen cómo debe darse esta articulación. Contar con una adecuada coordinación entre estos actores no solo facilitaría la imposición de sanciones y medidas, sino que también contribuiría al cumplimiento de los objetivos del Sistema, fortaleciendo el proceso de

reconciliación nacional. La participación del sector privado y la comunidad en estos procesos, podría reforzar la capacidad de reconstrucción del tejido social fracturado por más de 60 años de conflicto armado colombiano.

Las OSC han señalado que, aunque se han adoptado leyes y políticas importantes para la justicia transicional en Colombia, la implementación de estas medidas a menudo es deficiente. Problemas como la falta de recursos, la capacitación inadecuada del personal encargado de implementar las políticas, y la corrupción, pueden obstaculizar la ejecución efectiva de programas de reparación y justicia. La asignación de recursos puede ser compleja y no siempre alinearse con las prioridades y necesidades de las comunidades. Esta desalineación puede resultar en ineficiencias, retrasos en la ejecución de programas y acceso desigual a la justicia y las reparaciones.

Además, la complejidad del conflicto armado y la magnitud de las violaciones de derechos humanos, presentan desafíos adicionales para la implementación de estas políticas. La falta de claridad en las leyes y políticas, puede llevar a interpretaciones dispares y a la ineficacia en la aplicación de las medidas de justicia transicional. Este es un desafío crítico que necesita ser abordado para asegurar que los derechos de las víctimas sean adecuadamente protegidos y garantizados.

En ese sentido, para la reparación es crucial que los procedimientos sean claros en establecer las relaciones y categorías de asignación al componente restaurativo de la sanción efectiva, en pro de la reparación a las víctimas. Según Ideas para la Paz (2017), las sanciones propias en el sistema de justicia transicional colombiano están previstas para aquellos comparecientes ante la JEP que hayan sido seleccionados por su participación en crímenes graves, *“siempre y cuando reconozcan responsabilidad y aporten la verdad exhaustiva, detallada y plena”* (Congreso de la República, art. 126). Estas sanciones buscan satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz, incluyendo un componente de restricción efectiva de libertades y derechos, por un tiempo de entre

5 a 8 años para los partícipes determinantes, y de 2 a 5 años para los no determinantes (DNP, 2022, pág. 22).

La insuficiente articulación entre el Gobierno nacional, la JEP y los agentes interesados, restringe la capacidad reparadora del sistema y la reconciliación nacional.

“La capacidad reparadora de las sanciones propias y las medidas de contribución a la reparación depende de la robustez de la oferta de planes, programas y proyectos. Sin una participación articulada y eficiente de los agentes interesados, es posible que las expectativas de reparación no se cumplan adecuadamente y que no se logre la transformación social y territorial esperada para consolidar la paz” (DNP, 2022, pág. 36).

La falta de coordinación y lineamientos para el desarrollo de proyectos puede generar altos niveles de insatisfacción entre las víctimas, ya que los programas podrían no reflejar adecuadamente los componentes restaurador y reparador fundamentales para la justicia transicional.

En conclusión, aunque existen numerosos desafíos para las OSC en la defensa de los derechos de las víctimas dentro del Sistema para la Paz, también hay oportunidades significativas para mejorar la coordinación, implementación y efectividad de las políticas de reparación y justicia. La colaboración entre el gobierno, la JEP y las OSC es crucial para superar estos obstáculos y garantizar una reparación integral y justa para todas las víctimas del conflicto armado en Colombia.

Conclusiones y Recomendaciones

Las organizaciones de la sociedad civil (OSC) han sido actores fundamentales en la promoción y defensa de los derechos de las víctimas en Colombia. Su trabajo ha sido crucial para la inclusión de estos derechos en el marco jurídico y político del país, asegurando que la centralidad de las víctimas sea un componente esencial del proceso de paz y la justicia

transicional. Sin embargo, para fortalecer aún más su rol, es necesario mejorar la articulación interinstitucional y promover una mayor participación de todos los sectores de la sociedad civil en estos procesos.

La insuficiente articulación entre entidades del gobierno nacional, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y otros agentes interesados limita la capacidad reparadora del sistema y la reconciliación nacional (DNP, 2022, pág. 36). Para abordar esta problemática, se recomienda desarrollar estrategias que articulen las categorías de víctima y derecho a la reparación, basadas en el derecho internacional de los derechos humanos. Esta recomendación, propuesta por Tovar (2020), busca expandir la reparación en escenarios no transicionales, garantizando una reparación adecuada y efectiva en todos los contextos. Esto es fundamental para asegurar que las víctimas de violaciones de derechos humanos reciban justicia y reparación, incluso en situaciones donde no se esté llevando a cabo un proceso formal de justicia transicional.

En ese orden de ideas, para asegurar que los derechos de las víctimas sean siempre una prioridad en el proceso de paz y reconciliación en Colombia, es esencial continuar apoyando y fortaleciendo las capacidades de las OSC. Su participación activa y su capacidad de influir en las políticas y programas de reparación son cruciales para la creación de un entorno más justo y equitativo. Las OSC han desempeñado un papel esencial en la inclusión de los derechos de las víctimas en el marco jurídico y político de Colombia, asegurando que la centralidad de las víctimas sea un componente fundamental del proceso de paz y la justicia transicional.

El impacto de los recursos inadecuados en la sostenibilidad del programa, es un aspecto crucial que afecta la eficacia a largo plazo de las iniciativas de reparación y justicia. Sin recursos suficientes para respaldar las operaciones en curso, monitorear los resultados y adaptarse a las necesidades cambiantes, estos programas pueden tener dificultades para mantener su relevancia e impacto a lo largo del tiempo. Los desafíos de sostenibilidad pueden llevar a la interrupción de servicios vitales, la

pérdida de confianza de los beneficiarios y, en última instancia, socavar los objetivos de promover la justicia, la rendición de cuentas y la curación dentro de las comunidades afectadas. Abordar la cuestión de la escasez de recursos y garantizar la asignación y utilización adecuada de los mismos, son pasos esenciales para mejorar la eficacia y sostenibilidad de los programas de reparación y justicia.

En conclusión, es fundamental mejorar la coordinación interinstitucional y promover la participación activa de todos los sectores de la sociedad civil en los procesos de justicia transicional. Las OSC deben ser fortalecidas y apoyadas para que puedan continuar desempeñando su papel vital en la defensa de los derechos de las víctimas. Además, es crucial asegurar una adecuada asignación de recursos para la implementación efectiva y sostenible de los programas de reparación y justicia. Solo a través de estos esfuerzos combinados se podrá garantizar una reparación integral y justa para todas las víctimas del conflicto armado en Colombia, contribuyendo así a la consolidación de la paz y la reconciliación en el país.

Referencias

Amnistía Internacional. (2023, November 9). *Las personas defensoras en Colombia siguen en riesgo*. Amnistía Internacional. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2023/11/colombia-defenders-remain-at-risk/>

Astrid Orjuela Ruiz, & Carlos Lozano Acosta. (2012). La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos/Estudios Socio-Jurídicos*, 14(1), 255–281.

Camargo García, K. V. (2019). La reparación de víctimas en el marco de la implementación de un proceso de Justicia Transicional. *Revista Científica General José María Córdova*, 17(28), 799–818. <https://doi.org/10.21830/19006586.472>

Castrillón, J. E., Carlos, J., & Cortés, A. J. (2016). Acciones colectivas como práctica de memoria, realizadas por una organización de víctimas en Medellín (Colombia). *Revista*

Colombiana de Ciencias Sociales, 7(2), 404–404.
<https://doi.org/10.21501/22161201.1779>

Congreso de Colombia. (2019). Ley Estatutaria 1957 de 2019. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=94590>

Consejo de Derechos Humanos. (2023, July 12). *Fortalecimiento de la cooperación técnica y fomento de la capacidad en la esfera de los derechos humanos en Colombia para implementar las recomendaciones de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición*. Asamblea General de las Naciones Unidas.
<https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g23/140/40/pdf/g2314040.pdf?token=ujNMr96KHEVKNEwOBx&fe=true>

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. (2022, June 21). *Documento CONPES 4094*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4094.pdf>

Di Tullio Arias, A. L. (2013). ¿Hacia una justicia sin fronteras? El enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum y los límites de la justicia. *Daimon*, 58, 51–68.

Elena, J., Baquero, C., David, J., Gómez, V., Felipe, A., & Côrtes, M.F. (2016). ACCIONES COLECTIVAS COMO PRÁCTICAS DE MEMORIA REALIZADAS POR UNA ORGANIZACIÓN DE VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN MEDELLÍN (COLOMBIA) 1 COLLECTIVE ACTIONS AS PRACTICE MEMORY, DEVELOPED BY AN ORGANIZATION OF VICTIMS FROM MEDELLIN (COLOMBIA).

Garza Placencia, J. (2017). Actores y redes del movimiento por los derechos humanos en América Latina. *Boletín de Antropología*, 32(53), 157–179.
<https://doi.org/10.17533/udea.boan.v32n53a10>

Goyenechea, E. (2023). Martha Nussbaum. the Capability Approach: las emociones éticas y la justicia para animales no- humanos. *Deleted Journal*, 36, 77–100.
<https://doi.org/10.1344/conv36.730.45278>

Ideas para la Paz. (2017, August 10). *Comunicado sobre la JEP y la centralidad de las víctimas en la implementación del Acuerdo*. FIP.
<https://ideaspaz.org/publicaciones/noticias/2017-08/comunicado-sobre-la-jep-y-la-centralidad-de-las-victimas-en-la-implementacion-del-acuerdo#:~:text=La%20centralidad%20de%20las%20v%C3%ADctimas%2C%20su%20reconocimiento%20y%20la%20satisfacci%C3%B3n>

Jurisdicción Especial para la Paz. (2020). *Lineamientos en materia de sanción propia y Trabajos, Obras y Actividades con contenido Reparador - Restaurador* (Sección de

Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad Tribunal para la Paz, Ed.). <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/Conozca-Los-lineamientos-en-materia-de-sanci%C3%B3n-propia-y-Trabajos,-Obras-y-Actividades-con-contenido-Reparador---Restaurador/28042020%20VF%20Lineamientos%20Toars%20y%20SP.pdf>

Marín Aranguren, E. M. (2009). OING y derechos humanos en Colombia. Un golpe ineludible y vigoroso de la sociedad civil. *Colombia Internacional*, 69, 70–85. <https://doi.org/10.7440/colombiaint69.2009.04>

Marín-Aranguren, E. M., & González Jaramillo, D. (2020). Recorrido por las acciones de las organizaciones civiles de derechos humanos en América Latina. *Razón Crítica*, 8, 21–53. <https://doi.org/10.21789/25007807.1571>

Mercedes, D., Lima, S., & Regina, V. (2023). Dignidade humana como ponte entre capacidades e direitos em Martha Nussbaum. *RIDH*, 11(1), 91–110. <https://doi.org/10.5016/ridh.v11i1.229>

MORENO PALACIOS, C. (2021). *EL PRINCIPIO DE CENTRALIDAD DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO: EXPERIENCIA DE LA RED DE MUJERES VÍCTIMAS Y PROFESIONALES Y LA CORPORACIÓN ROSA BLANCA EN EL Presentando para optar por el título de: Socióloga*. Universidad Santo Tomás. https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/34914/2021carolinamoren_o.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ocampo Macías, C. D. (2021). Mecanismos judiciales para garantizar el derecho a la justicia: una reflexión sobre el sistema integral de justicia transicional en Colombia. *Misión Jurídica*, 20, 236–260. <https://doi.org/10.25058/1794600x.1919>

Ribeiro Leão, R. Z. (2010). El rol de la sociedad civil organizada para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el siglo XXI: un enfoque especial sobre los DESC. *Revista IIDH, Vol. 51*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25561.pdf>

Ríos Tovar, L. (2020). La reparación de las víctimas: su confinamiento dentro del marco de la Justicia Transicional. *Revista Derecho Del Estado*, 47, 255–285. <https://doi.org/10.18601/01229893.n47.08>

**JUECES VS PUEBLO
CONSTITUCIONALISMO POPULISTA**

LILIANA DEL ROCIO OJEDA INSUASTY⁵⁵

POPULIST CONSTITUTIONALISM

⁵⁵ Jueza Octava Administrativa del Circuito de Manizales – Caldas. Abogada, especializada en instituciones jurídicas penales y en derecho constitucional de la Universidad Nacional; en derecho administrativo y magister en derecho público de la Universidad de Caldas. Se ha desempeñado como magistrada del Tribunal Administrativo de Caldas.

Resumen:

Desde hace algunas décadas se abre camino en la teoría constitucional una corriente doctrinaria denominada constitucionalismo popular, la cual preconiza importantes cambios en las categorías del pensamiento constitucionalista y actualmente ha generado una gran controversia, pero que, es poco estudiada en el entorno Latinoamericano y en la academia colombiana. Para estos efectos, este escrito adopta como punto de partida las tesis populistas, la indagación sobre sus orígenes, el concepto que sobre esta corriente se ha construido con el trascurso del tiempo, y los principales elementos de la clasificación de las vertientes que la integran con fundamento en la propuesta de Roberto Niembro. Exponiendo los principales argumentos de cada autor, cuya idea principal es el ataque al control de constitucionalidad, se determinan los criterios de reconocimiento de esta teoría, finalizando con una valoración de lo estudiado y unas conclusiones.

Palabras claves: Constitucionalismo popular, interpretación constitucional, control judicial de constitucionalidad, criterios de reconocimiento.

Abstract:

For some decades a doctrinal current called popular constitutionalism has been making its way in constitutional theory, which advocates important changes in the categories of constitutional thought and has currently generated great controversy, but is little studied in the Latin American environment, and in the Colombian academy. For these purposes, the work adopts as a starting point of the populist thesis, the inquiry on its origins, the concept that has been built on this current over time, and the main elements of the classification of the slopes that integrate it based on the proposal of Roberto Niembro, exposing the main arguments of each author, whose main idea is the attack to the control of constitutionality; to then determine the criteria for recognition of this

theory. It ends with an evaluation of what has been studied and conclusions.

Keywords: Popular constitutionalism, constitutional interpretation, judicial control of constitutionality, recognition criterion.

Introducción

En los últimos años, ha ganado notoriedad la propuesta de un grupo de constitucionalistas que ha sido poco explorada en nuestro entorno, la cual es: el constitucionalismo popular. Esta corriente jurídica de pensamiento encuentra fundamentos en la tesis expuesta por uno de sus fundadores, el catedrático Larry Kramer, quien, a partir de la interpretación histórica del rol que jugó el pueblo en el desarrollo constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica en sus primeros años de existencia, consideró que el máximo poder en materia de interpretación y guarda de la Carta de derechos, es el pueblo y que, por ende, debe devolverse ese poder para que lo ejerza (Kramer, 2004). De esta manera, invita la escuela a repensar críticamente acerca de esta inclinación, de ahí la utilidad y el atractivo de este constitucionalismo, que plantea una revisión a la historia constitucional, reivindicando el papel del pueblo en la interpretación constitucional.

En este sentido, el ejercicio que se propone en este ensayo es importante, difícil, pero necesario. Importante, porque procura traer, en especial a Colombia, uno de los debates de teoría constitucional más atractivos e influyentes de esta época. Difícil, porque se trata de importar esta clase de pensamiento y adaptarlo al contexto de nuestro país. Necesario, porque permite plantear problemas jurídicos y políticos de relevancia, como: ¿Cuál es el papel del pueblo en la discusión y decisión de asuntos constitucionales?

Por lo tanto, a pesar de que el constitucionalismo popular es una respuesta a una manifestación concreta del ejercicio jurisdiccional en Norteamérica, considero que sus planteamientos deben estudiarse y analizarse en nuestro país, en tanto pone en cuestión el papel de los jueces como principales intérpretes de la Constitución y reivindica el papel del pueblo en dicho carácter, más aún cuando se tiene en Colombia, en razón de la Constitución de 1991, una Corte Constitucional que ostenta la supremacía constitucional, de la que se deriva la competencia exclusiva de ejercer la supremacía en la interpretación de la Carta, lo que, no solo significa que es el supremo interprete constitucional y el supremo interprete de la constitucionalidad de la ley, sino que, con sus fallos vincula no solo a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa, sino también a todos los poderes que conforman las ramas del poder público.

Ante las razones y cuestionamientos expuestos resulta indispensable en forma descriptiva establecer el contenido, fundamento y alcance del constitucionalismo popular, para lo cual se sentarán las bases de un concepto y definición a partir de la exposición de varios autores, además de determinar el contenido de esta vertiente del constitucionalismo, analizando la clasificación de esta teoría en varias corrientes por medio de sus expositores, para luego señalar los criterios de reconocimiento, y exponer las conclusiones finales.

1. ¿Qué es el Constitucionalismo Popular?

En este punto, se pretende establecer un concepto de constitucionalismo popular, para ello, se analizarán las diferentes propuestas que diversos autores han planteado sobre esta tesis, con el fin de determinar sus elementos definitorios y presupuestos que permitan llegar a un posible

consenso respecto a los componentes que conforman esta teoría y que, son lugares comunes en dichas tesis.

Es así como, para Jorge González Jácome, el constitucionalismo popular se presenta debido a la tensión que atraviesa el constitucionalismo contemporáneo: por un lado, constituciones como expresiones de un pueblo en su papel de constituyente primario; y por el otro, interpretación de los textos constitucionales por funcionarios del Estado y no por los ciudadanos. Tal tensión se ha tratado de resolver por algunos constitucionalistas estadounidenses, otorgándole mayor poder al pueblo en las discusiones sobre el significado y alcance de la Constitución, constituyéndose esta tendencia en la tesis populista, cuyos representantes persiguen: poner de manifiesto los distintos mecanismos utilizados en los discursos convencionales del derecho constitucional para quitarle el poder al pueblo; y criticar el control constitucional en manos de los jueces, proponiendo en su lugar el fortalecimiento de los mecanismos directos de participación popular y de las corporaciones elegidas popularmente (González, 2011). Precisa que, el populista hace énfasis en la manera como los ciudadanos comunes y corrientes pueden participar en la política, intentando involucrar a todos los miembros de la comunidad en las discusiones constitucionales, para que, sean ellos quienes tomen las decisiones sobre el tipo de gobierno que quieren y el alcance de sus derechos (González, 2011).

A su vez, Mark Tushnet en relación al constitucionalismo popular, manifiesta que es una tesis pretenciosa, que busca desarrollar la observación de Rousseau sobre la democracia representativa, según la cual el pueblo de Gran Bretaña era libre al momento de emitir su voto para elegir al parlamento, para después pasar a ser esclavo (Rousseau, book III, chapter XV). De esta manera, Tushnet como cofundador, resalta que el constitucionalismo popular se pregunta hasta dónde llega esa esclavitud en el período que va de una elección a otra, una vez que se adopta una Constitución, teniendo siempre disponible al poder

constituyente para definir la estructura y los derechos, pero sin un ejercicio regular del mismo (Tushnet, 2013). Para Tushnet, tal como se ha desarrollado en Estados Unidos, esta corriente es un ejercicio a-teorético basado en estudios históricos y alusiones a sus posibilidades (Tushnet, 2013), que tiende a teorizarse en cuanto más profundo sean sus estudios, permitiendo su construcción sobre diferentes tradiciones jurídicas, entre ellas las latinoamericanas, donde el hecho de pensar que la soberanía popular prevalezca sobre las decisiones de los Tribunales Constitucionales constituye una utopía.

Roberto Gargarella plantea que esta clase de constitucionalismo propone un debate relacionado con el papel del “pueblo” en la discusión y decisión de asuntos constitucionales de mayor relevancia en la comunidad. Es una invitación, a pensar sobre el rol jugado por los ciudadanos en la creación de la historia constitucional; una convocatoria a reflexionar sobre la dificultad contramayoritaria; a discernir, quién debe quedarse con la última palabra en asuntos de interés público; y a debatir sobre las relaciones entre los poderes políticos y el poder judicial; o sobre el papel que debe tener la ciudadanía en el control de los asuntos que le interesan (Gargarella, 2013). Afirma que, el debate que esta corriente ha generado, no está circunscrito a criticar a la supremacía judicial; es decir, al carácter supremo de los Tribunales como intérpretes de la Constitución, sino que, tiene una agenda más amplia. Una agenda que llama a que todos participen en la configuración del derecho constitucional a través de acciones políticas; así como, otorga un papel central a la sociedad civil en la interpretación de la Constitución; desacraliza las visiones dominantes sobre el impacto de las decisiones de los Tribunales; muestra la forma en que la sociedad influye, reconstruye y a veces socava el valor de las decisiones judiciales; impulsa una mayor participación en las estructuras políticas y económicas; y defiende una mirada diseccionada del control de la Constitución según la cual ninguna rama del poder tiene el derecho de arrogarse la supremacía sobre las otras (Gargarella, 2016).

De otra parte, Larry Kramer, pone en evidencia las profundas bases históricas que mantiene esta tesis, considera que el constitucionalismo popular es una corriente jurídica de pensamiento, según la cual, a partir de la interpretación histórica del rol que jugó el pueblo en el desarrollo constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica en sus primeros años de existencia, se puede deducir que el máximo poder en materia de interpretación y guarda de la Constitución radica en el pueblo, y que por ende, en la actualidad es necesario devolverle dicho poder para que lo ejerza de forma soberana, siendo evidente que el postulado de esta teoría gira en torno a que, es el pueblo el intérprete natural de la Constitución.

A pesar de las referencias anotadas, se debe advertir que, conforme al dicho de los críticos de esta corriente, no hay una definición precisa del constitucionalismo popular, pues mientras algunos autores abogan por la eliminación del control judicial, otros exigen mayor deferencia hacia las otras ramas del gobierno, y otros más combaten la supremacía interpretativa (Chemersky, 2004). Es por ello que, en este punto, con fundamento en los planteamientos esbozados por distintos autores, se determinarán presupuestos definitorios del constitucionalismo popular.

Así mismo, Ana Micaela Alterio (2016), propone al constitucionalismo popular como una corriente constitucional contemporánea mas no como una “nueva” tendencia en el sentido de adaptación de la academia a nuevas constituciones o prácticas, sino más bien como una revisión crítica a la historia del constitucionalismo norteamericano que reivindica el papel del pueblo en la interpretación constitucional (p.158). Citando a Tushnet, divide a esta corriente en dos aspectos, uno “descriptivo” y otro “normativo”, el primero, da cuenta de los distintos actores que han participado y participan en la asignación de sentido de las cláusulas constitucionales en EEUU, enfatizando el papel que -en el desarrollo constitucional- han jugado las visiones populares; mientras que el segundo, insta a que los puntos de vista de las personas comunes, acerca

de los significados constitucionales, jueguen un papel tan importante como el que tienen las élites, especialmente los *justices* de la Corte Suprema, en la construcción de los entendimientos constitucionales (Tushnet, 2013). Con esta lógica, pregona que, el constitucionalismo popular considera valioso e incentiva las movilizaciones populares espontáneas que interpretan la Constitución, por lo que le interesan, aquellos intérpretes que, organizados o no, manifiestan sus entendimientos constitucionales desde la sociedad civil, sin tener cuotas formales de poder, ni un líder que pretenda adquirirlas, sino en tanto manifestaciones populares bottom-top (Alterio, 2016).

En conclusión, el constitucionalismo popular es una corriente del constitucionalismo contemporáneo, cuyo postulado se concreta en la frase: “el pueblo debe ser el intérprete y guardián de la Constitución”. Siendo el pueblo, quien no solo bajo el manto de su poder soberano permite el nacimiento de la Constitución, sino que, la ejerce y la hace cumplir. Y de esta manera, el constitucionalismo populista, permite pensar en la idea de una Constitución adaptable a las nuevas realidades de una sociedad, que no sea totalitaria, ni comprensiva de todo, ni incluyente de todo, con margen para que el soberano primario se pronuncie sobre aquellos aspectos que lo afectan en su diario vivir. Esta corriente también cuestiona, que sean los jueces los únicos y exclusivos intérpretes de la Constitución Política, por lo que, reivindica el papel del pueblo en la interpretación constitucional. Además presenta un contenido anti-elitista que trasciende y pone en cuestión que los jueces deban tener la última palabra en las controversias sobre derechos fundamentales; e insta a que haya una interpretación no gubernamental de la Constitución y que de hecho ésta sea la interpretación autoritativa final -ante teorías de tipo departamentalistas-, es decir, una interpretación extra -gubernamental de la carta de derechos; pero también establece un rol o papel determinado a las cortes supremas, e incluso a las legislaturas, partidos políticos, poderes fácticos, movimientos sociales, y demás organizaciones en cuanto a la interpretación constitucional; con dicha lógica esta tesis incentiva las movilizaciones populares espontáneas que interpretan la Constitución, y

que organizadas o no, manifiestan estos entendimientos desde la óptica de la sociedad civil, fuera del contexto político y de poder, y que representan lo que considera el pueblo que deben decir los postulados constitucionales. Asimismo, desafía la supremacía judicial en ciertos casos impugnando cualquier forma de control judicial de constitucionalidad; e intenta una democratización y participación del pueblo en las instituciones políticas y económicas (Gargarella 2006); y finalmente, pretende recuperar la relación entre derecho y política (Tushnet, 2006).

II. Antecedentes Históricos y Orígenes del Constitucionalismo Popular

Para contextualizar este punto es necesario referirse a autores como Gargarella que sitúan la aparición de esta teoría con la publicación del libro *The People Themselves*, cuya autoría es de Larry Kramer (Gargarella 2006). En el texto citado, Kramer hace una meticulosa labor historiográfica del constitucionalismo estadounidense como la historia del constitucionalismo popular, y en un exhaustivo y prolijo revisionismo, sostiene que, esta clase de constitucionalismo es el significado habitual que se tenía de constitucionalismo en los Estados Unidos, incluso hasta antes de la sanción de la Constitución. Explica que el origen del constitucionalismo popular se remonta antes de la revolución americana y se sitúa en Inglaterra con la revolución gloriosa de 1688, donde fue el pueblo quien destituyó al monarca. En consideración a lo manifestado, en este escrito se retrocederá en el tiempo, en la historia norteamericana, con el objeto de contar el nacimiento de esta tendencia con fundamento en antecedentes, y así, demostrar que existen eventos en los cuales la intervención del pueblo fue trascendental para el constitucionalismo.

Este recorrido, inició en Europa con el conflicto que existió entre los nobles que junto con la Iglesia se enfrentaron al rey Juan Sin Tierra –rey de Inglaterra, quien abusó del poder mediante la implementación de

impuestos a sus súbditos, situación que junto con la pérdida de grandes extensiones de tierra pertenecientes al reino, motivaron la reacción de las elites en contra de la Corona y por ende, que el 15 de junio de 1215 el rey firmara la Carta Magna, mediante la que se determinaron y protegieron los derechos y libertades a favor de los barones, el clero, y en general en beneficio del pueblo inglés, siendo evidente la participación de esos sectores privilegiados en la redacción del texto constitucional.

Otro suceso relevante de la historia inglesa ligada a la Norteamericana, son las luchas entre Jacobo I y el parlamento, que tiempo después dieron como fruto la imposición del *common law* en Inglaterra, y que permitieron que, tras una guerra civil encabezada por Cromwell, finalizada con el derrocamiento en 1647 de Carlos I, y el nacimiento del *Agreement Of The People* -documento en el cual el pueblo inglés consagró sus derechos, girando su articulado en torno a la supremacía popular como máxima autoridad estatal-, se limitó la potestad del parlamento y la del rey, estableciendo un estatuto de libertades para todos los ingleses. Tiempo después, Cromwell implantó una dictadura en Inglaterra, desconociendo lo prescrito en el *Agreement Of The People*, y heredó su poder a Jacobo II, derrocado por Guillermo y María, quienes firmaron el *Bill of Right*, que tipifica las libertades y derechos del pueblo. Mientras estos sucesos se desarrollaban en Inglaterra, sus colonias en Norteamericana no eran ajenas a dichos acontecimientos, por lo que, los primeros colonos –pilgrims– decidieron en 1620, ante la ausencia de una carta real que les permitiera un reconocimiento, celebrar un contrato conocido como el *Mayflower Compact*, en el cual se estructuraba un gobierno para solventar las necesidades de la comunidad, siendo el reflejo de la influencia y poder del pueblo en la creación de normas en aquella época.

Durante varios años, las colonias asentadas en Norteamérica, acataron las decisiones provenientes del monarca inglés, pero con la creación de las leyes de la *Sugar Act* y la *Stamp Act* por parte del parlamento inglés,

que aumentaron los impuestos para pagar los costos provenientes de la guerra de los treinta años contra los franceses, se generó un gran descontento entre los colonos, quienes no aceptaron la imposición de leyes por parte de un órgano en el cual no tenían representación, lo que condujo a manifestaciones que, de todas maneras, no fueron suficientes, pues en 1773 fue creado un nuevo impuesto sobre el té, dando lugar a la *Boston tea party*. El parlamento ante los ataques emitió las *Coercive Acts* en forma de represalia, limitando los derechos civiles, y dando lugar a la creación del primer congreso continental que se limitó a solicitar al rey de Inglaterra la reducción de los impuestos, petición que fue desatendida.

Ante esta situación, en un segundo congreso, se proclamó la independencia de los Estados Unidos con un ejército a la cabeza de George Washington. En virtud de las batallas entabladas y la falta de gobernantes en las colonias, se decidió que cada colonia estableciera su propia Constitución, las cuales proliferaron, siendo un primer modelo las de South Carolina de 1776, Virginia y New Jersey, cuyas asambleas legislativas constituidas antes de la independencia no permitieron la participación popular. Un segundo modelo, fueron las de New Hampshire, Delaware, New York y Georgia, creadas también por asambleas legislativas autorizadas por el pueblo, pero su texto final no era ratificado por el pueblo. Un tercer modelo de Constituciones creadas por asambleas legislativas autorizadas por el pueblo, que realizaban su ratificación de manera informal, eran las Maryland, Pennsylvania y North Carolina. Finalmente, el cuarto modelo consistía en la creación de la Constitución por asambleas legislativas con autorización popular y, ratificadas por el mismo pueblo, como la de Massachusetts de 1780, a la que New Hampshire imitó en 1783. En 1787 se expidió la Constitución de Filadelfia con la frase: “NOSOTROS, EL PUEBLO de los Estado Unidos (...)”.

Con fundamento en estas luchas y creaciones constitucionales del pueblo norteamericano, Kramer afirma que se edificó la idea de una Constitución, y desde la perspectiva del historiador, asegura que dicho

concepto se encuentra ligado a la historia inglesa. De esta manera, el pueblo que había peleado una revolución, conocía que podía expresarse y lo había hecho. Este pueblo de los fundadores había expresado su insatisfacción con los primeros frutos de la independencia, y había adoptado y debatido una nueva Carta para gobernarse a sí mismo, siendo un acto de la voluntad popular: la carta del pueblo hecha por el pueblo. Y era el pueblo mismo el responsable de ver que la Constitución fuera interpretada e implementada en forma adecuada. La idea de entregar esta responsabilidad a los jueces era simplemente impensable (Kramer, 2004).

Así, se advierte que, la evidente influencia y participación del pueblo norteamericano en la elaboración y promulgación de la Constitución, continuó en el tiempo según Kramer, como aconteció en 1793 cuando en el caso de Gideon Henfield, capturado a petición de los británicos por haber servido a bordo de un buque francés (Jay, 1997), y acusado del cargo de violación del derecho de gentes, conducta que no estaba tipificada en la ley, fue procesado, y absuelto el 29 de julio por un jurado que, haciendo caso omiso de las instrucciones de los Jueces de la Corte Suprema –Wilson y Iredell-, emitió un veredicto que provocó celebraciones en todo el país. Relata John Marshall que la absolución de Henfield fue celebrada con “señales extravagantes de alegría y exultación” por un público que cuestionaba la posición de la administración (Marshall, 1807).

Así también, según Kramer, se refleja la concepción del poder soberano que tenía el pueblo norteamericano sobre la interpretación de la Constitución en *Chisholm v. Georgia*, de 1793, cuando se demandó al Estado por la falta de pago de mercancías, lo que dio lugar a la promulgación de la undécima enmienda de la Carta; al igual que se observa en las protestas de 1775 contra el Jay Treaty que buscaban la nulidad del tratado; o en las acciones de 1798 cuando el Congreso adoptó la *Alien Act* que permitió poner en prisión o deportar extranjeros, incluso

en tiempos de paz (Churchill, 2000); al igual que con las protestas contra el Jay Treaty de 1795, cuando manifestantes se reunieron frente al Federal Hall de New York, y un grupo de federalistas comandados por Hamilton, intentó tomar el liderazgo de la protesta presentando un discurso en el cual pregonaban que era innecesaria la opinión del pueblo sobre el tratado ante la confianza en sus gobernantes, lo que produjo la ira entre los manifestantes. Para Kramer, en éstas y otras incontables escenas del mismo tipo, los estadounidenses de la época de la fundación, revelan la forma en que comprendían el rol del gobierno popular (Kramer, 2004, pp. 17).

Recapitulando, desde las sublevaciones y revoluciones inglesas contra la Corona, ligadas íntimamente con la historia estadounidense, pasando por la colonización Norteamericana por parte de Inglaterra, y su independencia junto con la expedición de una Constitución, forman el dossier de antecedentes históricos que permiten a constitucionalistas como Kramer afirmar que estos acontecimientos revelan que el poder mayor del cual se deriva toda autoridad, no es otro que el pueblo norteamericano, lo que le permitió concluir que, tanto en sus orígenes como durante la mayor parte de la historia, el constitucionalismo estadounidense asignó un rol central y crucial a los ciudadanos para la implementación de la Constitución, por tanto, la interpretación final debe residir en “el pueblo mismo”(Kramer, 2004).

En síntesis, los orígenes del constitucionalismo popular, se remontan a los precedentes históricos consignados en este punto, estallando en su plenitud, en el activismo conservador del Tribunal Rehnquist, que según los populares, quebrantó el acomodo que existía entre el activismo constitucional del pueblo y la revisión judicial a partir del *New Deal* (Niembro, 2013), correspondiendo a la Corte la protección de los derechos y el límite a las leyes nacionales, y al proceso político el alcance de los poderes nacionales (Kramer, 2001).

3. Criterios de Reconocimiento

Más allá de las particularidades históricas y culturales ⁵⁶ del constitucionalismo popular, es necesario concretar los principales postulados de esta tesis, simplificando las diferencias que se hallan al interior de la misma, es por ello que, aunque su desarrollo se encuentra en etapa larvaria, y cada autor que escribe en su nombre esboza sus propias ideas, las cuales no necesariamente tienen eco en el resto, en este acápite se agruparán los fundamentos del constitucionalismo popular.

Así, Jorge Alberto Diegues, concibe tres principios del constitucionalismo popular: i) el relativismo institucional; ii) la creación, interpretación y aplicación popular de la Constitución; y iii) la revisión constitucional periódica (Diegues, 2016).

i) El primero, refiere a que, a pesar de la tajante caracterización de “antiinstitucionalista” (Laclau, 2013) del constitucionalismo popular, no se observa una completa prescindencia institucional, sino más bien, una *relativización institucional*, circunstancia reflejada a través de las críticas dirigidas contra el constitucionalismo clásico, cuyos partidarios son más bien llamados “institucionalistas”.

ii) La tesis del constitucionalismo popular en Estados Unidos es una sola: el pueblo tiene la máxima autoridad para interpretar y hacer cumplir la Constitución y la consiguiente ilegitimidad del papel dominante de la Corte Suprema en la interpretación constitucional. Esta doctrina no rechaza el control judicial de constitucionalidad, ni la independencia de los poderes con atribuciones propias en cada uno de ellos, pero cuestiona al poder judicial como intérprete final de la Constitución;

⁵⁶ Con respecto a las divergencias entre autores del constitucionalismo popular, véase el punto 1.3 de este trabajo.

iii) Larry Kramer afirma que, el proceso de enmienda constitucional fue concebido “para respetar y preservar la autoridad del pueblo sobre las constituciones, a la vez que reducir simultáneamente la posibilidad de inestabilidad política” (Kramer, 2004).

Ana Micaela Alterio, señala que, los populares colocan énfasis en la posibilidad de desacuerdos racionales y de buena fe en la interpretación de los derechos fundamentales, y con base en esa premisa propone como principales postulados del constitucionalismo popular:

i) Un modelo institucional dinámico y cambiante en tanto traduce las decisiones de las mayorías;

ii) La última palabra en materia de interpretación constitucional la tiene la voluntad consistente y deliberada del pueblo (Gargarella, 2005);

iii) Una Constitución flexible, incluso en cuanto a una carta de derechos fundamentales en las Constituciones (Waldron, 1993);

iv) Prevé un control constitucional débil caracterizado por: a) la legislatura puede repudiar las especificaciones de los principios constitucionales abstractos que hacen los jueces; y b) el proceso de revisión que hacen los jueces y el legislativo debe hacerse con fundamento en el diálogo (Tushnet, 2003);

v) Los populistas no consideran que la interpretación constitucional deba ser “mayoritaria” (Gargarella, 2005), sino más bien que detrás de ella haya una teoría acerca de lo que es la democracia (Balkin, 1997);

vi) Los populistas reconocen la importancia de los derechos fundamentales, pero impugna la idea de sustraerlos de la deliberación democrática, es decir, deben dejarse en manos de la ciudadanía; y

vii) Reivindican un “derecho fundamental a la democracia”, esto es, a participar en condiciones de igualdad en las decisiones sociales sobre las cuestiones más importantes de principios (Waldron, 1993 en Alterio, 2016).

Con una hoja de ruta para acercarse al constitucionalismo popular, Gargarella pretende, partiendo de la premisa según la cual el gobierno le pertenece al pueblo, y tomando como punto de partida el libro *The People Themselves* de Larry Kramer, establecer como criterios de reconocimiento que defienden los populistas los siguientes:

i) Desafiar la supremacía judicial: quitando la Constitución de las manos de los tribunales. El autor señala que el libro citado, se ocupa de las diferencias entre revisión judicial de las leyes, como la capacidad de los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas, y eventualmente, declararlas inválidas, y la supremacía judicial, referida al carácter de los jueces como “últimos interpretes”, centrando la atención en el rechazo de ésta última, limitando el mandato de los jueces, y tornando flexible la Constitución existente, incluso, restringiendo la jurisdicción de la Corte hasta el *impeachment* a los jueces más hostiles frente a la voluntad ciudadana (Kramer, 2004);

ii) Contra una “sensibilidad anti-popular” (Kramer, 2004). Para el constitucionalismo popular, muchas de las posturas mantenidas por los Tribunales, defienden la revisión judicial de las leyes y se basan en una sensibilidad anti-popular. Robert Unger resume así esta visión: “pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea” esta dado por su “disconformidad con la democracia” (Unger, 1996), lo cual se expresa, en la identificación de límites sobre la regla mayoritaria, antes que sobre el poder de las minorías dominantes como responsabilidad de los jueces, que apareja como consecuencia la hipertrofia de prácticas contramayoritarias, y la oposición a reformas institucionales orientadas a

expandir la intervención popular. Frente a este elitismo, el constitucionalismo popular pretende recuperar y reconocer la importancia institucional a los valores propios de la “cultura popular” (Garagarella, 2006).

iii) Interpretación extrajudicial. Se trata de reservar un papel fundamental para esta clase de interpretación de la Constitución, en la cual la ciudadanía se convierte en protagonista, de manera tal que la tarea se difunda de modo igual entre todo el pueblo;

iv) Una relectura crítica sobre los efectos del control judicial. Presupuesto del cual se destaca que, el significado de la Constitución es determinado a través de la política ordinaria, y no de los tribunales, tal como lo expresa Mark Tushnet, para quien el proceso de revisión judicial de las leyes representa poco más que *noise around zero* (Tushnet, 1999);

v) El derecho fuera del derecho. Una de las preocupaciones de los populistas es la indiferencia y actitud hostil de los Tribunales y la comunidad académica en general, respecto a que la ciudadanía genere “sentido jurídico”. Es por lo que muestran, la forma en que la sociedad influye en reconstruir y a veces socavar el valor de las decisiones judiciales (Minow, 1987).

vi) Refiere a la democracia y participación. Los populistas se ocupan de impulsar la mayor participación popular en las estructuras políticas y económicas, y defienden una democracia donde el ideal es la soberanía popular, sin embargo, miran con desprecio las ideas progresistas de democracia basadas en la persuasión, la discusión, y el diálogo racional (democracia deliberativa). Por el contrario, los populares, tienden más a valorar las manifestaciones propias de la cultura popular, resultado de la desconfianza en las élites, por lo que favorecen medidas como la rotación de cargos, mandatos cortos, y descentralización del poder (Gargarella, 2006).

En consecuencia, como rasgos comunes, se pueden mencionar los siguientes:

1) La crítica a la supremacía judicial (Kramer, 2001) –cabe resaltar que, es la supremacía judicial la combatida por los populistas-, lo importante es quitarle a la Corte y los jueces el poder de intérprete final de la Constitución (Kramer, 2001). Se trata de sacar la Constitución de los Tribunales (Tushnet, 1999). Algunos autores de esta corriente plantean la imposibilidad de que alguno de los poderes que constituyen el Estado, pueda asumir la primacía en la interpretación de la Constitución (Post & Siegel, 2004), mientras que otros, se orientan a reformar, política o constitucionalmente, el poder judicial para privarlo de la supremacía interpretativa, en el sentido de disminuir el rol de las Cortes a favor del pueblo (Kramer, 2000). Pero también existen populistas que, impugnan toda supremacía judicial como Tushnet (1999) y Waldron (1999), y, entre ellos, también están quienes no consideran incompatible el constitucionalismo popular con la supremacía judicial, como Post & Siegel. En conclusión, en lo que se refiere a la interpretación de la Constitución, se tienen diferentes grados de aplicación que corresponden a diferentes percepciones del mismo, a partir del cual es posible, determinar cuál es la relación entre el pueblo y los tribunales constitucionales en materia de interpretación, y como punto común, devolverle al pueblo el rol de intérprete último de la Constitución, pues en esencia es el fin último al que quiere llegar el constitucionalismo popular.

2) El segundo rasgo que comparten las diferentes tesis populistas, es la existencia de una Constitución flexible, pues el constitucionalismo popular combate la idea de un “precompromiso” como “autolimitación” de la soberanía popular, que atrinchera derechos en las Constituciones (Alterio, 2016), es decir, cuestiona las bondades de la rigidez fuerte de la Constitución, e incluso, de una carta de derechos fundamentales en las Constituciones (Waldron, 1993); no obstante, algunos autores populistas

consideran positivo tener un catálogo de prerrogativas en la norma constitucional. Se trata entonces, de flexibilizar la Constitución y excederla. Por tanto, el articulado de la Constitución, debe ser susceptible de modificarse y ampliarse en virtud de la interpretación que hace el pueblo, sin que existan cláusulas pétreas ni limitación alguna, o tenga que acudirse a procedimientos aparentemente democráticos, que hagan inviable aquellos valores propios del pueblo que no se reflejen en la carta.

3) Íntimamente ligado con el presupuesto antes expuesto, es el carácter peculiar del constitucionalismo popular que pretende defender las opiniones y valores del pueblo, la sensibilidad popular (Tushnet, 2006), el populismo, y la preocupación por recuperar y reconocer la importancia y el peso institucional, a los valores propios de la cultura popular. Por lo tanto, esta teoría popular es contraria a la sensibilidad anti-popular, elitista, y anti-democrática de la comunidad jurídica en cuanto a la interpretación de los derechos.

4) Interpretación constitucional por la ciudadanía, que hace referencia a una interpretación extrajudicial de la Constitución, desafiando la supremacía judicial. Se trata entonces, de reivindicar la participación de la gente común con todos sus defectos, y sin mediación alguna que le dé forma o la refina, aunque tampoco sin idealizar románticamente esa intervención para canalizar esa energía política ordinaria, e interpretar la norma constitucional acorde con las demandas del pueblo al cual pertenecen. De esto resulta la promoción de la regla de las mayorías, donde el papel del pueblo no está confinado a actos ocasionales de elaboración constitucional, sino que, incluye un papel activo y continuo sobre su interpretación y ejecución (Kramer, 2004). Se argumenta por parte de los populares que, los principios constitucionales y las ideas que se generan fuera de los tribunales, son cruciales para expandir las posibilidades de desarrollo constitucional, y para aliviar tensiones entre el derecho constitucional y la cultura del pueblo donde opera (Kramer, 2004).

Por lo tanto, no hay temas vedados a la regla de la mayoría, pues, en un sistema ideal, esta regla debe ser, para cada asunto, un asunto político abierto a la controversia (Parker, 1993). Sin embargo, debe aclararse que, los populistas, a la regla de la mayoría, le otorgan un valor axiológico (Balkin, 1995), respetando la igualdad en la autoridad política de cada individuo (Waldron, 2004), más no consideran que la interpretación constitucional debe ser mayoritaria (Gargarella, 2005), sino más bien, propugnan que detrás de ella haya una teoría acerca de lo que es la democracia y que en última instancia, se deje a la voluntad consistente y deliberada del pueblo: la última palabra (Gargarella, 2005). En conclusión, los populares insisten en que sea el pueblo el que configure el derecho constitucional, mediante interpretaciones que permitan hablar de “the living constitution” (la constitución viva).

4. Tipología del Constitucionalismo Popular

Roberto Niembro Ortega divide a los militantes de esta corriente en tres grupos: i) Los *Founding Fathers* del Constitucionalismo Popular; ii) el constitucionalismo democrático y; iii) el Constitucionalismo Popular Mediado.

En el primero de los grupos, este investigador de la Escuela Libre de Derecho de ciudad de México, ha ubicado a los llamados padres fundadores del Constitucionalismo Popular, como son Mark Tushnet y Larry Kramer; mientras que, en el segundo grupo, clasifica las teorías de Post y Siegal; y finalmente, en el populismo mediado, encasilla la tesis expuesta por Barry Friedman (Niembro, 2013).

4.1. Los padres fundadores del Constitucionalismo Popular

Para Tom Donnelly, en la categoría de *Founding Fathers* del constitucionalismo popular, se encuentra el catedrático Larry Kramer (Donnelly, 2012), mientras que, Roberto Niembro, incluye en esta clase a Mark Tushnet (Niembro, 2013), razón por la cual, se analizarán las posturas de estos dos fundadores de la corriente en estudio.

Una de las propuestas de pensamiento constitucional que, en los últimos años ha causado resonancia en la academia estadounidense, es la formulada por Larry Kramer, quien en su obra “The people themselves: popular constitutionalism and judicial review”, cuenta la historia y la práctica del derecho constitucional de una manera distinta, al hacer una reconstrucción y revisión crítico-política del control constitucional en la escena norteamericana, exactamente de la supremacía judicial, en confrontación con la original autoridad del pueblo. En su tesis, parte de que la autoridad de los “jueces” para interpretar la Constitución, no es algo natural, sino que, su aparición se explica gracias a una serie de luchas políticas de las élites (Kramer, 2004). De esta manera, muestra cómo la supremacía judicial expresada a través de un fuerte control de constitucionalidad no era, la intención del constituyente de 1781 (Kramer, 2004), y señala que, desde los inicios de la historia de Estados Unidos, ha existido una tendencia populista a través de la cual, el pueblo es quien tiene la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, dando origen a la oposición a la supremacía judicial, a través del control constitucional de la legislación.

De la tesis expuesta por Larry Kramer, se puede establecer como criterios identificables:

i) Considera que la Constitución obliga a todos los poderes del gobierno incluido el poder judicial, sin que ninguno tenga autoridad plena sobre ella;

ii) Si los jueces interpretan la carta de derechos es porque están obligados a dicha tarea, y no porque tengan cualidades superiores al pueblo que los hagan más idóneos para esa labor. De esa manera, los jueces se convierten en agentes del pueblo, cuya tarea es ser un líder de opinión, sin importar una única visión (Kramer, 2001). En consideración de Niembro al hacer una lectura de Kramer, una de las batallas del constitucionalismo populista es acabar con la idea de que los jueces hacen mejor labor que el pueblo al interpretar la Constitución, primero porque no existe evidencia que los jueces hayan hecho mejores interpretaciones, y porque los jueces se enfocan más en cuestiones técnicas y no son filósofos o académicos (Niembro, 2013). Por lo expuesto, no hay duda entonces, que lo pretendido por Larry Kramer es que se deje de lado el temor y el pesimismo de que el pueblo, porque se considera emotivo, ignorante y limitado en contraposición con una élite informada, atenta e inteligente, asuma un papel de intérprete constitucional en oposición a los jueces que la quieren para sí mismos.

iii) Otro de los criterios de identificación de la idea de Kramer, es el rechazo a la idea de que el derecho constitucional y su interpretación es una tarea difícil para el pueblo;

iv) El Tribunal está al servicio del pueblo, y no es su maestro (Kramer, 2004). A pesar del criterio que asume Kramer, no adoptó una posición radical de eliminación de los jueces, ni tampoco pretende el desconocimiento de los fallos judiciales, lo que intenta es acabar con el monopolio judicial sobre la significancia de la Constitución, intentando establecer un diálogo entre las ramas del gobierno con el Tribunal Constitucional a la cabeza, y en el cual el pueblo tenga la última palabra para interpretar la Constitución, buscando de esta manera acabar con el protagonismo de los jueces, y elevar a esa categoría el papel del pueblo.

Otro de los *founding fathers* del constitucionalismo popular es Mark Tushnet, quien asimismo se auto titula como: “padre fundador del constitucionalismo popular” (Tushnet, 2013), y centra su atención en el problema del control judicial de constitucionalidad. Tushnet es uno de los críticos más destacados del control judicial de constitucionalidad, y llama la atención sobre lo que estima que son los problemas del funcionamiento del control judicial constitucional en una comunidad política democrática, debido al carácter no directamente mayoritario de la institución.

En su obra *Taking the Constitution Away from the Courts* el énfasis lo hace en el control judicial, para luego en otras intervenciones, y en particular en *Weak Courts, Strong Rights*, centrar la atención en la forma “fuerte” de esta clase de control (Tushnet, 2008). Así, en *Weak Courts, Strong Rights*, se centró en lo que denominó el control judicial “fuerte” y el “débil” (Tushnet, 2008). En el sentido “fuerte”, se priva a los órganos representativos de la oportunidad de dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de una ley formulada por los jueces, siendo la concreción institucional de la supremacía judicial (González, 2016). De esta forma, los representantes de la sociedad (políticos – congresistas en el caso colombiano) están limitados por el control judicial para dejar sin efecto las decisiones de los jueces cuando interpretan la Constitución. Así, en el *strong form judicial review*, las Cortes pueden revisar y anular las leyes expedidas por el legislativo, conservando la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. En términos de Tushnet, los políticos bajo esta forma fuerte, están incapacitados para desplazar con facilidad las decisiones políticas que no desean, una vez que los jueces se decantan por una interpretación particular de la Constitución.

Por el contrario, en el *weak form judicial review* o control judicial débil (Tushnet, 2008), pueden adoptar distintas configuraciones institucionales, pero, a diferencia de la versión fuerte, en ninguna de ellas

está previsto que la palabra de los jueces sea necesariamente la última respecto de todas las cuestiones involucradas. En *Weak Courts*, el enemigo principal es la supremacía judicial, no el control judicial constitucional como tal. Es decir, los tribunales revisan la conformidad de las leyes con la Constitución, pero el legislativo conserva la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. En consecuencia, en el sentido “débil”, la palabra de los tribunales constitucionales no es necesariamente la última respecto a los temas debatidos.

En conclusión, para Tushnet, los argumentos que pretenden defender el control judicial –que la Constitución se respeta y se cumple en mayor medida gracias a los tribunales- no son convincentes, por lo que propone la erradicación de los jueces, pues asegura que cometen errores, y por ello, es necesario plantearse la posibilidad de que el pueblo logre la protección de los derechos a través de la política, quitando la Constitución de la mano de los jueces (Tushnet, 1999). Y simplemente –dice- no es que el control judicial sea insignificante sino que es limitado, pues acepta que tal institución es adecuada para proteger las precondiciones de un derecho constitucional popular, como es, el derecho al voto, la posibilidad de criticar al gobierno y la privacidad, así como para enfrentar las injusticias, aunque considera que en la práctica es imposible reducir la tarea de los jueces a tales extremos, por lo que concluyó que haciendo un balance de los beneficios que otorga el control judicial es mejor abolirlo (Niembro, 2013). Finalmente, aunque Tushnet cree en la política y en los grandes cambios que mediante su ejercicio se puede producir, inclinándose hacia concederle mayor relevancia al papel del legislador, se aleja de las teorías de la democracia, y simplemente esporádicamente se refiere a ella, sin embargo, insiste en que las acciones políticas con la participación del pueblo es la forma de configurar el derecho constitucional.

4.2. El Constitucionalismo Democrático

En este apartado se expondrán las principales ideas del “constitucionalismo democrático” formuladas por los catedráticos Robert C. Post y Reva B. Siegel, a quienes les asiste una preocupación constante, en la confianza progresiva de la adjudicación constitucional a los jueces, que convirtió a las Cortes en “foros de principios” (Dworkin, 1981), lugares privilegiados para la difusión de la razón humana (Post & Siegel, 2017); y en segundo lugar, en el cambio de actitud frente al control judicial de los llamados en la política norteamericana “progresistas” (Kende, 2006), que siguiendo al constitucionalismo popular, comenzaron a argumentar que la Constitución debía ser sustraída de las Cortes y ser devuelta al pueblo (Waldron, 2006).

Post & Siegel vislumbran una tensión entre el derecho y la política, por lo cual, propusieron un modelo de constitucionalismo popular denominado “constitucionalismo democrático”, con el objeto de analizar las prácticas a través de las cuales los derechos constitucionales han sido históricamente determinados en el contexto de la controversia cultural humana (Post & Siegel, 2017). Con dicho modelo también pretenden, que se observe al desacuerdo interpretativo como una condición normal para el desarrollo del derecho constitucional (Post & Siegel, 2000). Este modelo, determina que la autoridad de la Constitución depende de su legitimidad democrática, es decir, de la habilidad que tiene para ser reconocida por el pueblo como su Constitución. Esta creencia se fundamenta en una tradición de participación popular, de activismo popular, que autoriza a los ciudadanos a hacer afirmaciones sobre el significado de la carta constitucional, a oponerse al gobierno, a elevar reclamos a través de procedimientos creados como: el legislativo, el electoral y otras instituciones civiles, cuando consideran que no se respeta la Constitución, lo cual permite que el gobierno se resista y responda, originando intercambios de ideas que forman lo que es la Constitución (Post & Siegel, 2007). De esta forma, el constitucionalismo popular se convierte en un mecanismo mediador entre el derecho constitucional y la cultura (Siegel, 2001). En este proceso, los tribunales juegan un papel jurídico-político que les es atribuido constitucionalmente (Post & Siegel, 2007) como es el de posibles colaboradores de las

instituciones democráticas en la construcción del significado de la Constitución, por lo cual ejercen una cierta autoridad al declarar y ejecutar derechos -función que desempeñan en virtud de las normas constitucionales-, siendo buscados por el pueblo para que protejan sus valores y limiten al gobierno cuando se exceda. Su legitimidad únicamente deviene de la confianza de los ciudadanos, pues si la interpretación que le dan a la Carta diverge de lo sostenido por el pueblo, este se resistirá a las decisiones judiciales. Por lo tanto, la relación entre jueces constitucionales y democracia tienen como punto de convergencia, el fortalecimiento que los primeros pueden hacer a la segunda.

En síntesis, los autores proponen un modelo para entender los esfuerzos estatales, para hacer cumplir la Constitución en condiciones de controversia pública, reafirmando el rol del gobierno representativo y la ciudadanía que se moviliza en la tarea de hacer cumplir la Constitución, al mismo tiempo que reafirma el rol de las Cortes en la tarea de interpretar la carta constitucional. Es decir, este modelo, de una parte, reconoce el papel de los jueces en la aplicación de los derechos en la comunidad, apreciando el rol que desempeñan, y de otra, eleva el papel de la participación pública en el guiar y legitimar las instituciones y prácticas de la revisión judicial. De esta forma, a las Cortes se les atribuye una función de posible colaborador de las instituciones democráticas en la construcción del significado de lo constitucional, y un catalizador del constitucionalismo popular, con lo cual la relación entre jueces y democracia, se presenta cuando los primeros fortalecen a la segunda (Post & Siegel, 2007). Por lo tanto, otorgan un papel más significativo al poder judicial, no excluyente del constitucionalismo popular, pues para ellos, alguna forma de autoridad final de los jueces, es necesaria para el Estado de Derecho, pues aunque existe una tensión entre supremacía judicial y constitucionalismo popular, la democracia requiere de ciertas condiciones que deben ser garantizadas por los jueces con el fin de que los ciudadanos puedan participar de las deliberaciones (Niembro, 2013), y de esta forma influenciar el contenido del derecho constitucional. Lo importante es encontrar un equilibrio (Post & Siegel, 2004) entre la labor

de los jueces y la intervención del pueblo en la concreción del significado de lo constitucional. No buscan la erradicación de los jueces, ni siquiera del control judicial, simplemente una coexistencia, donde el pueblo no tiene que aceptar sin reparo las decisiones judiciales, debido a que el debate popular infunde las memorias y principios de la tradición constitucional (Post & Siegel, 2007).

4.3 Constitucionalismo Popular Mediado

Finalmente, en la clasificación de las corrientes de pensamiento que estructuran el constitucionalismo popular, encontramos el “constitucionalismo popular mediado”, cuyo representante al tenor de Niembro, es Barry Friedman (Niembro, 2013) –aunque muchos discrepan de que la teoría de este autor encaje en el constitucionalismo popular, sin embargo, el mismo Friedman la clasifica como tal.

Para Friedman, en la corriente popular convergen distintas posiciones que tienen un argumento común: la revisión judicial debe reflejar las opiniones populares sobre el significado de la Constitución (Friedman, 2003). Al explicar el significado de dicha afirmación, Barry Friedman, en un artículo publicado en el número 101 de la *Michigan Law Review*⁵⁷, refiere a las diversas posturas divergentes que existen en torno al control judicial de constitucionalidad, y a su premisa común: el carácter contramayoritario de su ejercicio, respecto del cual se queja por la falta de claridad de su significancia en el mundo académico. A pesar de esta situación, refiere que muchos estudiosos elogian dicha institución, porque creen que los textos constitucionales existen para limitar a la mayoría, pues los derechos constitucionales no pueden estar sujetos a la voluntad de la mayoría. Para quienes sostienen esto, el control judicial es deseable normativamente. En el mismo texto señala que, otros académicos critican al control judicial porque interfiere con la voluntad mayoritaria. Bajo esta perspectiva, el gobierno representativo –como el colombiano– está destinado a reflejar las preferencias de las mayorías, por lo cual, cuando los jueces invalidan los actos gubernamentales, están

⁵⁷ Traducido al castellano por Margarita Maxit con colaboración de Ariel Romano.

interfiriendo incorrectamente con la democracia (Friedman, 2004). De esta manera, el profesor de la Universidad de New York, analiza las posturas mencionadas, y advierte que las afirmaciones críticas, al control judicial de constitucionalidad, se enmarca en el constitucionalismo popular, cuya idea central gira en torno a que, el control judicial debe reflejar los puntos de vista de los populares (Tushnet, 1999).

Roberto Gargarella, al analizar la tesis expuesta por Barry Friedman en “Acerca de Barry Friedman y el “constitucionalismo popular mediado””, advierte que la clase de constitucionalismo que pregona Friedman constituye una tesis descriptiva, la cual sostiene que el poder judicial cumple la tarea de: “identificar aquellos valores constitucionales que alcanzan amplio apoyo popular a lo largo del tiempo”. Gargarella, explica que esta clase de constitucionalismo refiere, a que la actividad de los jueces se desarrolla con una fuerte conexión en el sentir de la mayoría, toda vez que, las decisiones que toman, tienden a resultar aceptables para la población, y si algunas decisiones judiciales generan desacuerdos, ello no se traduce en rechazo popular en relación con la práctica del control judicial. Friedman asegura que la ciudadanía valora la práctica de la revisión judicial de las leyes, y que, de presentarse un descontento mayoritario con alguna decisión proveniente del ejercicio del control judicial, el pueblo cuenta con herramientas capaces de conectar al poder judicial con el pensamiento popular.

De esta manera, Friedman sostiene que su tesis permite establecer que el poder judicial identifica aquellas interpretaciones judiciales de la Constitución que reflejan la voluntad popular en los diferentes intervalos de tiempo, sin que exista una relación directa (Friedman, 2005). Asegura que el sistema norteamericano se fundamenta en esta clase de constitucionalismo popular, en el sentido que las interpretaciones judiciales reflejan las mayorías. En ese sentido, para Friedman, los jueces no reproducen simplemente las opiniones mayoritarias dominantes en sus decisiones, sino que, a pesar de la receptividad al pensamiento mayoritario, ponen distancia, porque institucionalmente se encuentran distanciados del fervor popular, por lo cual las sentencias se conectan con

la voluntad mayoritaria pero no impropriamente (Gargarella, 2005). En consecuencia, existe tanto una “conexión” como una “distancia” entre la revisión judicial y la opinión pública. De esta manera, el control judicial está justificado y no es contrario a la voluntad mayoritaria, puesto que no hay separación deliberada de los tribunales y el pueblo. Ahora bien, el carácter de mediado deviene, en primer término, de que los jueces no son elegidos popularmente. Segundo, de la relación de los ciudadanos con el Tribunal, y como ejercen su control, a través de sus representantes, y no en forma directa. Tercero, de la comprensión pública, de lo que hacen los jueces, se encuentra intermediada por los representantes y por otros filtros, como los medios de comunicación (Gargarella, 2005).

En conclusión, Friedman sostiene que el movimiento popular ha sido notoriamente impreciso en lo que respecta a sus objetivos finales (Friedman, 2005). En cualquier caso, para este autor, el control judicial se encuentra justificado, y no es contrario a la voluntad popular, y actúa mediante el diálogo inevitable, en el que involucra a la ciudadanía y los otros poderes en la interpretación de la Constitución (Niembro, 2013). Además de facilitar el diálogo, los Tribunales sintetizan las visiones constitucionales de la sociedad, enfocan el debate, organizan ideas, tamizan los temas a discutir, y presionan para que otras organizaciones participen de la discusión (Friedman, 1993). En resumen, lo que hacen los Tribunales es determinar la forma en que continúa el diálogo después de la sentencia, optando por una de las interpretaciones en pugna (Friedman, 1993). Lo importante no es el papel que juegan los jueces sino cómo el pueblo reacciona ante sus decisiones (Friedman, 2009). De esta manera, considera que el poder judicial no tiene la última palabra en la interpretación porque las sentencias no tienen efecto inmediato, siendo una cosa lo que digan los jueces en sus providencias y otra lo que en realidad sucede (Friedman, 1993).

5. Conclusiones

El constitucionalismo popular es una teoría normativa del diálogo, que se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial, a la posición elitista de los jueces cuestionando su papel de intérpretes constitucionales últimos y reivindicando el rol del pueblo en la interpretación de la Constitución, siendo uno de los propósitos de esta corriente, la elaboración de una doctrina constitucional como una agencia colectiva. Esta clase de constitucionalismo, permite que el pueblo pueda retomar el poder perdido, y de esta manera participar en las discusiones y alcances sobre el significado de los preceptos constitucionales, para que sean ellos quienes tomen las decisiones sobre el tipo de gobierno y el alcance que quieren darle a sus derechos.

En este sentido, se presenta esta tesis como una propuesta sugerente para repensar en el papel del pueblo y de los jueces en la interpretación constitucional, contando entre sus principales virtudes, destacar la importancia de tener en cuenta el carácter supremo de la interpretación judicial, y romper con la visión tradicional sobre el proceso de interpretación según el cual, los jueces tienen un marcado protagonismo, recordando el papel político que puede jugar la ciudadanía a través o más allá de las instituciones, invitando a tomar la palabra por cuenta propia sin esperar a que la voz sea concedida. Así, esta clase de constitucionalismo pretende modificar no sólo la autocomprensión de las élites que manejan el derecho como expertos, sino la de todos los implicados en la interpretación, debido a que confía en la capacidad de la sociedad civil, sin importar si está conformada por legos, que sin tener mayor academia, pero que en virtud de sus propias vivencias, de sus experiencias, de su comprensión de la vida, pueden aunque en lenguaje popular, y para los eruditos inteligible, hacer sus propias traducciones de las disposiciones constitucionales. Se trata entonces, de una teoría que coloca en primer plano al pueblo y al espacio público-político, dotando al proceso democrático de un peso distinto y hasta ahora oculto en la realización de los mandamientos constitucionales, y en especial de los derechos fundamentales, dejando la decisión de su significancia en manos del poder primario.

En un segundo momento, esta clase de constitucionalismo, se muestra como una alternativa que, a más de denunciar el elitismo de la interpretación constitucional, intenta demostrar la posibilidad de cambios rotundos en la justicia constitucional. Así coloca sobre la mesa temas como, quien debe quedarse con la última palabra en asuntos constitucionales, abriendo una convocatoria a reflexionar sobre la objeción contramayoritaria y en especial acerca del control de constitucionalidad judicial, e incluso a debatir sobre las relaciones entre los ciudadanos y los jueces, y entre poderes políticos y el poder judicial; al igual que, sobre el control que debe ejercer la ciudadanía en los asuntos que le interesan.

Y si bien en esta corriente, no todos los populares necesariamente son “anti-Corte” o “anti-control judicial”, y aunque algunos propongan la erradicación de los jueces planteando la posibilidad de que la gente logre la protección de los derechos a través de la política; y otros resalten el papel jurídico-político que le es atribuido constitucionalmente a los jueces, y los erigen como posibles colaboradores de las instituciones democráticas en la construcción del significado de la Constitución, en cuanto a catalizadores del constitucionalismo popular, previendo una relación entre jueces y democracia, en la cual, los primeros pueden fortalecer a la segunda, el punto clave de esta teoría los constituye: la limitación de la supremacía judicial. Siendo necesario, que esa supremacía judicial, la cual lleva a los ciudadanos a pensar que no pueden contradecir a los jueces, que no pueden refutar sus interpretaciones, sea restringida, con lo cual se destruye el monopolio judicial sobre la Constitución que parece inexorable e inevitable, pues tal como se ha predicado, solo bajo ese dominio, el pueblo puede salvarse de sí mismo.

Ante las pretensiones populistas, se precisan como elementos constitutivos de la misma: un modelo institucional cambiante que permita implementar las decisiones adoptadas por el pueblo; una

Constitución flexible incluso en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales; un control constitucional débil, en el cual predomine una legislatura que pueda rechazar las decisiones que adoptan los jueces, y un proceso de revisión fundamentado en el diálogo; una última palabra en materia de interpretación constitucional que refleje la voluntad popular, mas no la mayoritaria que dé cuenta de la presencia de una teoría democrática caracterizada por la deliberación; así como, la presencia de una interpretación extrajudicial que deviene del espacio público, en el cual, el debate sobre la Constitución se lleva a cabo con independencia de las interpretaciones judiciales o incluso en su contra; al igual que, propugna por una defensa y recuperación de los valores del pueblo, y su reconocimiento a nivel institucional; una participación del pueblo en la elaboración constitucional no limitada a actos ocasionales, sino permanente y continúa; y finalmente, la configuración por parte del constituyente primario de un derecho constitucional adaptado a la realidad y a los tiempos que vive una comunidad, en el cual se traduzcan los reclamos sociales.

Bibliografía

Alterio, A., (2016). *Constitucionalismo Popular. Voces de cultura de la legalidad*, Instituto Tecnológico Autónomo de México. Eunomía - Revista en Cultura de la Legalidad, 158.

Balkin, J., (1995). *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, Faculty Scholarship Series. Paper 268, 1935-1990. En Alterio, Ana Micaela. *Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (2014), (8), 227-306. Recuperado en 24 de abril de 2022, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872014000100008&lng=es&tlng=es

Diegues, J., (2016). *El populismo constitucional*. Revista de la Facultad, VIIN (2), Nueva Serie, 69-91.

Donnelly, T., (2012). *Making Popular Constitutionalism Work*. Wisconsin Law Review, 2021. 163.

Dworkin, R. (1981). The Forum of Principle. *New York University Law Review*, 56. 468-518.

Chaux, F., (Ed). (2017). *Adiós a la Constitución. ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?*, Bogotá: Editorial Temis.

Chemerinsky, E. (2004). *In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalisms*. En *University of Illinois Law Review*, 2004 (3), 675 – 683.

Churchill, R.H., (2000). Popular Nullification, Fries' Rebellion, and the Waning of Radical Republicanism, 1789-1801, 67 *Penn. History*.

Friedman, B., (1993). *Dialogue and judicial review*. 9,580-582.

Friedman, B., (2003). Mediated Popular Constitutionalism. En *Michigan Law Review*, 101, 2597.

Friedman, B., (2004). *The importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*. *University of Cincinnati Law Review*, 72,1299.

Friedman, B., (2009). *The Will of The People, How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shape the Meaning of the Constitution*. New York. Farrar Straus and Giroux.

Gargarella, R., (2005). "Acerca de Barry Friedman y el "constitucionalismo popular mediado". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6 (1). 161-167.

Gargarella, R. (2006). ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles Latinoamericanos*, 28.

Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Pensamiento Jurídico Contemporáneo 3. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Gargarella, R., (2013). *Prólogo*. En Ana Micaela Alterio & Roberto Niembro Ortega (Ed.), *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*. México: Editorial Porrúa, 113.

Gargarella, R. & Niembro, R., (2016). *Constitucionalismo Progresista: Retos y Perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*. Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, (295), (<https://eljuegodelacorte.nexos.com.m/p2975>).

González, J., (2016). *Derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, Argentina.

González, J. (2011). *Constitucionalismo Popular – Erwin Chemarinsky – Richard D. Parker*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 13.

Jay, S., (1997). *Most Humble Servants: The Advisory Role of Early Judge*,127-128.

Kende, M., (2006). *Foreword*, 54 *DRAKE. L. REV.*,791, 791.

- Kramer, L., (2000). *The Supreme Court, 2000 Term -Foreword: We The Court*. Harvard Law Review, 115:4, 125-128.
- Kramer, L., (2001). *The Supreme Court, 2000 Term- Foreword: We The Court*. En Harvard Law Review, 115.4, 125 – 128 – 130.
- Kramer, L., (2004). *Popular constitutionalism, circa 2004*. California Law Review, 92
- Kramer, L., (2004). *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press, New York, 227 – 248.
- Marshall, 1807, 273 - 274
- Minow, M. (1987). *Interpreting Righths: An Essay For Robert Cover*. 96 Yale Law Journal 1860.
- Niembro, R., (2013). *¿Qué es el Constitucionalismo Popular?* En Ana Micaela Alterio & Roberto Niembro Ortega (Ed.), *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*. México: Editorial Porrúa, 5.
- Parker, R., (1993). Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifiesto. Valparaiso University Law Review, 27(3), 534.
- Post, R. & Siegel (2000). *Equal Protection by Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison And Kimel*. 110 YALE L.J. 441, pp. 487-502.
- Post, R. & Siegel, (2007). Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. En Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review, 42, 373-433.
- Tushnet, M., (1999). *Taking the constitution away from the courts*. En Princeton University, New Jersey, 108,155-176.
- Tusneth, M., (2003). *Non-Judicial Review*. En Harvard Journal on Legislation, 40,453 - 492.
- Tushnet, M., (2006). *Popular constitutionalism as political law*. En Chicago- Kent Law Review, 81, 991- 1006.
- Tushnet, M., (2008). *Weak Courts, Strong Right*. New Jersey, Princenton University Press, 3-17.
- Tushnet, M., (2013). *Constitucionalismo y Judicial Review*. Lima: Palesta Editores.
- Unger, M., (1996), *What should legal análisis become?*, Londres, Verso Press, 72. En Roberto Gargarella, (2021). *El derecho cono una conversación entre iguales*. Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

Waldron, J., (1993). "A Right-Based Critique of Constitutional Rights". *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, 13 (1),18-51.

Waldron, (2006). "*The Core of the Case Against Judicial Review*", cit., p. 1379. En Alterio, Ana Micaela. (2014). Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (8), 227-306.

EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y LA PRÁCTICA DE LA MALA FE EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA⁵⁸

LUIS JAVIER ROSERO VILLOTA⁵⁹

⁵⁸ Trabajo de grado para optar al título de Master – on line - en Argumentación Jurídica con la Universidad de León, España.

⁵⁹ Magistrado del Tribunal Administrativo del Quindío. Especialista en Instituciones Jurídico Penales, Especialista en Derecho Administrativo, Master – online en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea, Universidad Carlos III de Madrid, Master – on line en Argumentación Jurídica, Universidad de León, España.

THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH AND THE PRACTICE OF BAD FAITH IN LEGAL ARGUMENTATION

Resumen

El pensador alemán *Arthur Schopenhauer*, dio buena cuenta, de la manera en cómo el ser humano en su actuar, se rige, frecuentemente, con unos parámetros egoístas y bajo la presunción de la mala fe. Se coteja tales reglas con las pautas señaladas por *Robert Alexi*, en cuanto a la construcción de argumentos válidos. Con esa base, se analiza el alcance del principio de la buena fe y la corroboración de que, en la práctica, la mala fe está presente en la argumentación jurídica, con una realidad más cercana a *Schopenhauer* que a *Alexi*.

Palabras clave: Buena fe, mala fe, presunción, argumentación jurídica.

Abstract

The German thinker *Arthur Schopenhauer* gave a good account of the way in which human beings in their actions are often governed by selfish parameters and under the presumption of bad faith. These rules are compared with the guidelines indicated by *Robert Alexi*, regarding the construction of valid arguments. On this basis, the scope of the principle of good faith is analyzed and the corroboration that, in practice, bad faith is present in legal argumentation, with a reality closer to *Schopenhauer* than to *Alexi*.

Keywords: Good faith, bad faith, presumption, legal argumentation.

INTRODUCCIÓN

- a) Finalidad y objeto
- b) Tesis
- c) Delimitación

I. EL CONCEPTO DE BUENA FE

1. 1 Aspectos generales

1. 2 La buena fe en el derecho romano

1. 3 Aproximación inicial al concepto de buena fe

II. LA MALA FE EN LA ARGUMENTACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE ARTHUR SCHOPENHAUER

2.1 Contextualización del filósofo alemán

2.2 Las 38 reglas para convencer o derrotar al adversario

2.3 Vigencia de las reglas

III. LA BUENA FE COMO PRESUNCIÓN

3.1 Razones para presumir la buena fe

3.2 La buena fe en la legislación sustantiva colombiana

3.3 La buena fe en la legislación adjetiva colombiana

IV. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO

4.1 La buena fe en la Constitución Colombiana de 1991

4.2 Antecedentes del principio de presunción de buena fe en la Asamblea Constituyente de 1991

4.3 Alcances jurisprudenciales del principio de presunción de buena fe

- V. LA MALA FE COMO PRÁCTICA EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
 - 5.1 Alcances de la mala fe en la argumentación jurídica
 - 5.2 Comparación de las reglas del discurso general de Alexy con las 38 reglas de Schopenhauer
 - 5.3 Comparación de las reglas del discurso jurídico de Alexy con las 38 reglas de Schopenhauer

- VI. ANÁLISIS DE UN TEMA PARADIGMÁTICO
 - 6.1 Los “falsos positivos” en Colombia
 - 6.2 Argumentos que justificaron los “falsos positivos” al interior de las fuerzas armadas
 - 6.3 Argumentos de las víctimas demandantes
 - 6.4 Argumentos de la defensa de la institución estatal demandada
 - 6.5 Argumentos del juez para condenar al Estado

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

a) Finalidad y objeto

Se propone a través de este ensayo, verificar en qué medida la buena fe, como principio, constituye una base importante a tener en cuenta en la construcción de argumentos jurídicos. Se plantea el tema, bajo la óptica, especialmente, del pensamiento filosófico de Schopenhauer, a quien se ha clasificado como el filósofo del pesimismo, entre otras cosas, por su concepción crítica de considerar al hombre un ser por naturaleza egoísta; egoísmo que se reflejaría también en la argumentación jurídica, dependiendo de los intereses con los cuales se esté actuando.

El ensayo contiene una mezcla de categorías, con el fin de tratar de abarcar en gran parte la temática. En una primera categoría, se alude a

tres conceptos de buena fe bien distintos, a pesar, de que coinciden en la terminología: el propio de la legislación civil, el principio constitucional y aquel del que habla la legislación procesal, siendo importante para el campo de la argumentación jurídica éste último.

Una segunda categoría, tiene que ver con digresiones sobre “otras buenas fe”, a través de las cuales se busca contextualizar en la época actual referencias como las de Michel Sandel, a fin de contraponerlas a los conceptos expuestos por Schopenhauer dos siglos atrás.

Sin embargo, el centro de la cuestión, que ofrece mayor interés por contener un análisis de la argumentación jurídica en sí misma, alude a la consideración de la mala fe en las prácticas argumentativas en el caso de los llamados “falsos positivos” en Colombia.

Para ello, se analizará en primer lugar, entonces, el concepto de buena fe, acudiendo a su concepción histórica desde los tiempos del derecho romano, cuando surgió el concepto ligado a la confianza o al valor de la palabra empeñada o comprometida.

Después, en el capítulo segundo, se expondrá el énfasis que hace un pensador como Schopenhauer, para concebir que la maldad, el engaño, el artilugio, es connatural al ser humano, en lo que respecta en el actuar del otro; se debe partir de una desconfianza antes que de la nobleza de sus actos. Posición expuesta en el siglo XIX, que aún conserva vigencia, y tal vez con mucho más énfasis, tal como se puede evidenciar en el pensamiento de un filósofo político contemporáneo, como lo es el estadounidense Michael Sandel, al preguntarse: “¿Que ha sido del bien común?”, en su último libro publicado: *La tiranía del mérito* (2020).

En seguida, en los capítulos tercero y cuarto, se hará un recorrido por el derecho interno colombiano, especialmente, sobre la manera en cómo se contempla la buena fe en la Constitución Política Colombiana de 1991, dado que es una Carta Fundamental que consagra de manera expresa - a nivel de norma superior -, la buena fe como principio rector, tanto en la actuación de los particulares como en la de las autoridades públicas.

En el capítulo quinto, se podrá evidenciar la forma en cómo la mala fe hace su ingreso en la argumentación jurídica, a través del irrespeto de las reglas básicas del diálogo, recogidas especialmente por Robert Alexy para el discurso general y para el discurso jurídico, basado en antecedentes sobre el mismo tema propuestos por Toulmin y Habermas.

b) Tesis

Con todo ello, se podrá entonces identificar la tesis principal que se formula en este trabajo, y que consiste en predicar: la mala fe – mas no la buena fe -, es un concepto que aflora, penetra, se anquilosa y persiste en cualquier clase de argumentación, dada precisamente la tendencia natural que tiene el ser humano de obrar con egoísmo. Y más aún, en el discurso jurídico, donde para empezar existe un juego de partes que procuran sus propios intereses, y un discurso final, el del juez, que, en algunos casos, basado en una primera impresión del caso, a través del llamado sesgo de confirmación, lo que hace es corroborarla – la primera impresión -, al terminar el proceso, con su fallo, no obstante que, en el desarrollo de la actuación judicial y producto de la prueba incorporada, la conclusión podría ser diferente.

c) Delimitación

Con el fin de concretar las ideas trazadas a lo largo del trabajo, se propone en el capítulo seis, el análisis de una situación paradigmática en el contexto de la sociedad colombiana, se alude a los llamados “falsos positivos”, términos con los cuales se conocieron las ejecuciones extrajudiciales llevadas a cabo por miembros del Ejército Nacional sobre personal civil, a comienzos de este siglo; el estudio se hará a la luz de la argumentación planteada, en un proceso contencioso administrativo de reparación directa – que se repite en similares condiciones en múltiples procesos adelantados por hechos semejantes (1) – tanto por los agresores, para justificar su execrable tarea; como por la defensa de la institución demandada. También, se pondrán presente, los argumentos

de las víctimas y los argumentos de los jueces para fallar los asuntos, en sede de la jurisdicción contenciosa administrativa, que es la que ha condenado al Estado colombiano por tales despropósitos.

Por último, se formularán las conclusiones finales, buscando ser lo más universales posibles, frente a la problemática planteada.

I. EL CONCEPTO DE BUENA FE

1. Aspectos generales

Cuando se hace referencia a la buena fe, surgen una serie de preguntas mínimas: ¿Qué se entiende por buena fe? ¿Frente a qué se predica la buena fe? ¿A quién se le exige obrar de buena fe? ¿Qué consecuencias tiene el obrar de buena fe? ¿Qué repercusiones tiene el no obrar de buena fe?

Para tratar de responder estos interrogantes, habrá que decir entonces, que, respecto al concepto de la buena fe, se deben conjugar los dos términos como si fueran inseparables. Lo bueno por sí solo, es aquello que se acepta como tal, pero frente a unas reglas o unas condiciones previas. Es bueno, entonces, aquello que está en consonancia con lo que se exige y que además está vigente. Sin embargo, en ello está envuelto inexorablemente un criterio moral, por lo que no siempre lo que está en consonancia con las reglas, se puede también tener como bueno.

Con esta envoltura moral, entonces, ya habría que agregar que se considera bueno aquello que no causa daño. Dada esta distinción sobre el primer término, entra en juego el segundo, la fe, que no es otra cosa que la confianza en, el creer en; por lo que, ligados los dos vocablos, habría que decir que, cuando se habla de buena fe, se alude a tener confianza, a creer que se está haciendo lo que se hace de manera buena, es decir, sin pretender causar daño al otro.

La buena fe se predica de quien actúa, de quien acomete un acto, bien sea de palabra o de obra. Para los efectos de este trabajo interesa más el primero, esto es, el acto de habla, que bien puede expresarse de viva voz o de manera escrita. Esto en razón a que es ahí, en esa manifestación, donde se va encontrar el o los argumentos que la soportan.

Sin embargo, la exigencia de obrar de buena fe, no solo rige respecto del hablante, del que propicia el diálogo o formula la idea inicial que desarrolla el discurso, sino también de quien lo recibe, pues del receptor se espera una respuesta, la cual no podría estar exenta de la exigencia de contestar de buena fe.

Se está aludiendo, entonces, a un acto inter comunicacional, entre al menos dos personas, de quienes se espera, tanto del uno como del otro (u otros), tener la confianza de que obra o se interviene ceñido a unas reglas que son ajenas a la intención de causar daño al otro u otros.

El obrar de buena fe trae como consecuencia: generar credibilidad en el hablante, saber que está actuando ceñido a unos cánones y, además, que seguirá estando sujeto a los mismos, acogidos o respetados.

Por el contrario, el no obrar de buena fe, o, en otras palabras, el obrar de mala fe, trae como repercusión: perder la credibilidad en el hablante, y, además, genera la posibilidad de que seguirá irrespetando los cánones, en cada actuación que emprenda.

1. 2 La buena fe en el derecho romano

Históricamente, es posible identificar que, en el derecho romano, se aludía al concepto de *“bona fides”* (2), para significar que la confianza en los negocios estaba basada en el compromiso y el respeto de la palabra empeñada. Bastaba con que la misma se expresara y con ello se asumía la obligación de cumplirla.

Los siguientes apotegmas romanos rigieron las relaciones jurídicas: *“Es grave faltar a la confianza”*; *“Todo lo que no es leal es pecado”*, *“La buena fe se presume siempre, si no se prueba la existencia de la mala”*, *“La buena*

fe exige que se haga lo que se convino”, “Es justo atenerse a la buena fe, en los contratos” (VIANA, 2007, Pág. 50).

Pero con el paso del tiempo, resulta indiscutible que la confianza en la palabra se fue perdiendo, al punto que se exigió poco a poco, que era preferible dejarlo todo plasmado por escrito, con constancias ante testigos o incluso ante un funcionario (notario) que diera cuenta y fe de lo dicho.

Ante el discurso argumentativo, se parte de la base que quien ejerce la alocución, lo hará respetando unas reglas mínimas, a fin de que, primero el discurso fluya y al final se logre el objetivo: o bien de convencer o al menos de llegar a un acuerdo sobre lo discutido.

Quintiliano, un eminente abogado de la época romana, sucesor de Cicerón, predicó en este tema una retórica de la virtud, pregonando que *“para ser un orador se debe ser dos cosas: una persona buena y una persona experta en hablar de modo persuasivo”* por eso *“defendió que el motivo principal que ha de inspirar a la abogacía ideal debe ser el amor por la justicia” (ARANGUEZ S-352).*

Nótese ahí una particularidad evidente, partir de la base; que el ser buena persona garantiza estarse en el ámbito de la buena fe.

1.3 Aproximación inicial al concepto de buena fe

Sentadas estas bases, se puede aventurar unas respuestas iniciales a los interrogantes formulados: Por buena fe se entiende la actitud de obrar de una manera correcta, sin causar daño a otro u otros, de tal manera que los demás confíen en ello. La buena fe se predica respecto de otro y otros, no es posible asumir una buena fe en solitario, pues de lo que se trata no es de no dañar al yo, sino de no dañar al otro, esto es, a alguien más, a un individuo o a un colectivo (auditorio). Se exige obrar de buena

fe a todo a quien pretenda ser escuchado, entendido e incluso aceptado. El obrar de buena fe trae como consecuencia positiva crear confianza y partir de una creencia que, de mantenerse o de no defraudarse, hace que el hablante se haga creíble. En cambio, el no obrar de buena fe trae como repercusión todo lo contrario: generar desconfianza, destruir la credibilidad y hacerse no creíble o no digno de crédito.

II. LA MALA FE EN LA ARGUMENTACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE ARTHUR SCHOPENHAUER

2.1 Contextualización del filósofo alemán

Debe recordarse que Schopenhauer, fue un filósofo que, en su tiempo, salvo sus últimos años de vida, fue incomprendido y relegado. Sus primeros escritos, la tesis doctoral *“Sobre la cuádruple raíz del principio de razón suficiente”* (publicada a su costa en 500 ejemplares) y *“El mundo como voluntad y representación”* (el volumen editado pasó desapercibido) fueron muy poco leídos, pese a que el autor consideraba que se trataban de obras cumbres del pensamiento filosófico, por encima, de su contemporáneo y bien recibido Hegel. Del segundo texto mencionado se puede afirmar que *“era un libro ambicioso pues pretendía dar las claves para resolver los enigmas de la existencia”* (MORENO Págs. 15, 28 y 47).

Sin embargo, su pensamiento empezó a ser escuchado en su tiempo y seguido por generaciones futuras, a partir de sus obras posteriores como: *“Complementos”*, *“Los dos problemas fundamentales de la ética”* y *“Parerga y Paralipómena”*, publicada esta última en 1851 en dos gruesos tomos, *“Con ellos su autor se dio a conocer como “filósofo mundano” o “filósofo para el mundo” porque fueron concebidos para lectores que no estuvieran familiarizados con sus libros anteriores”* (MORENO, Pág. 150). Su influencia, pasó de singular manera al pensamiento de otros filósofos mucho más conocidos, como Nietzsche y Wittgenstein o a literatos que

recomendaron su lectura como Proust, Kafka, Mann, Tolstoi y Borges (MORENO, Pág. 3 y 4).

Aunque es anecdótico, resulta interesante mencionar, para los efectos de este trabajo, un pasaje de su vida, que guarda alguna relación con la argumentación que aquí nos ocupa. Se alude a una circunstancia fáctica confusa, consistente, en que tuvo un altercado con una vecina en medio de unas gradas, en el edificio en que habitaba. Ella, de alguna manera, luego de un empujón, resultó afectada en su integridad, por lo que lo demandó. El filósofo asumió su propia defensa ante los estrados judiciales, sosteniendo su inocencia, pero pese a los argumentos que esgrimió, en el sentido que ella tergiversó los hechos y que nunca la lastimó, tras cinco años del proceso judicial, lo condenaron a pagar una renta vitalicia en favor de aquella, lo cual tuvo que cumplir hasta que ella falleció años después. Bajo esas circunstancias, bien se puede asumir que, para él, la confianza en el sistema judicial era mínima (MORENO, Pág. 32).

Este ilustre filósofo alemán, en su texto: *“El arte de tener siempre la razón y otros ensayos”* (3), puso de presente 38 estratagemas erísticas - léase reglas argumentativas, a manera de consejo -, para lograr el objetivo de convencer, o más aún, de derrotar al adversario, en un discurso cualquiera. A ello, lo llamó la dialéctica erística, entendida como *“el arte de disputar de modo que uno siempre tenga la razón por medios lícito e ilícitos”* (SCHOPENHAUER, 145).

En su criterio, el ser humano está inducido y casi obligado a la deslealtad en el disputar; en una disputa no se debate por la verdad sino por la tesis individual, así sea que se utilice medios lícitos o ilícitos.

2.2 Las 38 reglas para convencer o derrotar al adversario

Las reglas o estratagemas propuestas por dicho pensador se enuncian así:

- i. Ampliar el contexto. Consiste en llevar la afirmación del adversario más allá de sus límites, ampliándola, exagerándola. En criterio del

filósofo, entre más amplia la afirmación más flancos ofrece el ataque.

- ii. Utilizar la homonimia. Alude a hacer extensiva la afirmación a algo que poco o nada tiene que ver con la cosa de que se trata.
- iii. Tomar la afirmación presentada en modo relativo, como si fuera absoluto, o entenderla en sentido diferente y refutarla en este segundo contexto.
- iv. Evitar que la conclusión sea prevista, actuando de tal modo que el adversario, sin darse cuenta, admita las premisas.
- v. Usar falsas premisas cuando el adversario no quiera aceptar la verdaderas, para ello hay que adaptarse al modo de pensar del adversario.
- vi. Oponer una simulación de petición de principio, postulando lo que se quiere probar.
- vii. Usar el método erotemático o socrático, que consiste en: presentada una afirmación, a fin de demostrarla, se dirigen preguntas al adversario, para, de las admisiones, obtener la verdad como conclusión. Para ello, se aconseja por el autor en cita, hacer muchas preguntas a la vez, sin orden, ocultando lo que queremos que sea admitido.
- viii. Provocar la cólera del adversario. En esas condiciones, el contradictor no será capaz de razonar en debida forma.
- ix. Hacer preguntas en distinto orden al que se requeriría para llegar a la conclusión. A la manera de un juego de ajedrez, la idea es que el

adversario no advierta hacia dónde se quiere llegar ni prevea los ataques.

- x. Preguntar lo contrario, en tanto se advierta que el adversario da respuestas negativas cuando se busca obtener respuestas positivas.
- xi. Introducir como algo ya aceptado o admitido, respecto de una verdad general, cuando el adversario ha aceptado casos particulares. Evitando, entonces, hacer preguntas al respecto.
- xii. Escoger el término que más favorezca nuestra tesis, cuando un concepto general es llamado de manera metafórica. Un orador, en últimas, delata su intención con el nombre que da a las cosas.
- xiii. Presentar la tesis contraria con estridencia (resaltando su contradicción), para que el adversario elija entre esta y la tesis propia, que resulta más probable.
- xiv. Proclamarse triunfador después de formular muchas preguntas sin favorecer la conclusión. Se trata de un golpe descarado, que busca tener como probado lo que no se ha probado.
- xv. Proponer una tesis correcta, cuya exactitud no es del todo evidente, para que el adversario la acepte o la rechace, cuando la tesis paradójica que defendemos no es posible probarla. Si la rechaza, se lo reduce al absurdo y se triunfa. Y si la acepta, ya se ha logrado algo razonable “y después se verá”. *“Para eso se requiere un gran descaro, pero en la experiencia humana – afirma el pensador alemán – hay quienes lo practican de modo instintivo”* (SCHOPENHAUER,167).
- xvi. Utilizar el argumento ad hominem. Si el adversario hace una afirmación, preguntar si esto no está en contradicción con algo que él ya había afirmado o con los principios de una escuela que antes

había elogiado, o con el comportamiento de alguno de sus miembros, o con la misma conducta de aquel.

- xvii. Utilizar una distinción sutil, cuando el adversario nos acosa con una contra prueba.
- xviii. Interrumpir la disputa, salir de ella y desviarla hacia otra cuestión, cuando el adversario utilice una argumentación con la cual nos abatirá.
- xix. Enfocar el aspecto general del tema y atacarlo, cuando el adversario exige una objeción sobre un punto específico de su tesis y no encontramos nada apropiado.
- xx. Deducir la conclusión si el adversario admite la verdad de nuestras premisas, sin pedirle que saque él la conclusión.
- xxi. Evidenciar el carácter ilusorio de un argumento aparente o sofisticado que utilice el adversario.
- xxii. Rechazar la petición del adversario de admitir algo que se deriva del problema que se debate, argumentando petición de principio.
- xxiii. Provocar al adversario contradiciéndolo a fin de inducirlo a exagerar una afirmación y una vez refutada la exageración es como si se refutara la tesis primitiva.
- xxiv. Deducir consecuencias de la tesis del adversario mediante falsas deducciones y deformando los conceptos, obteniendo otras tesis que allí no están contenidas y no corresponden a la opinión de él.
- xxv. Tener en cuenta que la inducción requiere de un gran número de casos para asentar el principio general, en cambio en la deducción, basta con un solo caso para que no sea válido y el argumento sea demolido.

- xxvi. Dar un golpe brillante, cuando el argumento del adversario puede ser utilizado en su contra.
- xxvii. Insistir en un argumento si el adversario se enfurece con él. Se estaría tocando el flanco débil de su razonamiento.
- xxviii. Formular un argumento ad auditores: Lanzar una objeción no válida, cuya inconsistencia solo pueda detectarla un experto, no el auditorio. A los ojos de éste quedará derrotado el adversario si su afirmación luce ridícula. *“Los que ríen están generalmente de parte de quien habla”* – agrega el filósofo (SCHOPENHAUER, 172).
- xxix. Recurrir a una diversión si se advierte que uno va ser derrotado. Comenzar con algo totalmente distinto como si fuera pertinente.
- xxx. Apelar al sentido del honor, a una autoridad respetada por el adversario. En caso de ser necesario no solo deformar el sentido de esta autoridad sino también falsificarlas y citar algunas que son pura invención, en tanto el adversario no tiene el libro en la mano.
- xxxi. Declararse con fina ironía incompetente, cuando no se tiene manera de oponer ningún argumento al oponente, siempre que se tenga una estimación mayor entre los oyentes respecto al adversario.
- xxxii. Reducir a una categoría generalmente detestada la afirmación del adversario, aunque la relación sea vaga y poco rigurosa.
- xxxiii. Aceptar las razones pero negar las consecuencias.
- xxxiv. Persistir en un tema cuando se detecte que el adversario evade las respuestas o no toma posición sobre el punto.

xxxv. Influir con motivaciones en la voluntad del adversario. Hacerle comprender que su opinión, en el momento en que sea aceptada, puede generar notable daño a sus intereses.

xxxvi. Desconcertar al oponente con palabras sin sentido.

xxxvii. Refutar la prueba inadecuada que ha elegido el adversario para sustentar su tesis, logrando la refutación de esta.

xxxviii. Utilizar el argumento ad personam, cuando se descubre que el adversario es superior y no nos dará la razón, usando un tono ofensivo, insultante y áspero. Si el adversario pasa al ataque, tener sangre fría y responder con calma, sin prestar atención a las ofensas.

El pensador al que se hace alusión termina el ensayo con una frase lapidaria: *“entre cien personas, apenas hay una con la que valga la pena disputar. A los demás hay que dejarlos que digan lo que quieran porque el ser idiota es uno de los derechos del hombre”* (SCHOPENHAUER, 183).

Como puede observarse, son consejos perversos, que parten de un objetivo único: vencer o salir triunfante en el discurso, sin importar la manera de cómo se consiga. Dichas estratagemas, constituyen en sí un manual para actuar de mala fe en un diálogo discursivo.

A fin de cotejar más adelante, estas reglas, con el discurso general y el discurso jurídico que propone ALEXY, se pueden clasificar, a partir del verbo rector que las contempla, así:

REGLAS CONTRA EL ARGUMENTO	REGLAS CONTRA EL ADVERSARIO	REGLAS COMO FALACIAS
Ampliar el contexto	Provocar la cólera del adversario	Utilizar el argumento ad hominem
Utilizar la homonimia	Provocar al adversario contradiciéndolo	Formular un argumento ad auditores

Tomar la afirmación presentada en modo relativo	Insistir en un argumento si el adversario se enfurece con él	Apelar a una autoridad respetada por el adversario (deformando su contenido, falsificándola o inventándola)
Evitar que la conclusión sea prevista	Reducir a una categoría generalmente detestada la afirmación del adversario	Utilizar el argumento ad personam
Usar falsas premisas	Persistir en un tema cuando se detecte que el adversario evade las respuestas o no toma posición sobre el punto	
Oponer una simulación de petición de principio	Influir con motivaciones en la voluntad del adversario	
Usar el método erotemático o socrático	Desconcertar al oponente con palabras sin sentido	
Hacer preguntas en distinto orden		
Preguntar lo contrario		
Introducir como algo ya aceptado o admitido		
Escoger el término que más favorezca nuestra tesis		
Presentar la tesis contraria con estridencia		
Proclamarse triunfador		
Proponer una tesis correcta, cuya exactitud no es del todo evidente		
Utilizar una distinción sutil		
Interrumpir la disputa, desviarla hacia otra cuestión		

Enfocar el aspecto general del tema y atacarlo
Deducir la conclusión si el adversario admite la verdad de nuestras premisas
Evidenciar el carácter ilusorio de un argumento aparente o sofisticado
Rechazar la petición del adversario de admitir algo
Deducir consecuencias mediante falsas deducciones y deformando los conceptos
Tener en cuenta los requerimientos de la inducción y la deducción
Dar un golpe brillante
Recurrir a una diversión si se advierte que uno va ser derrotado
Declararse con fina ironía incompetente
Aceptar las razones pero negar las consecuencias
Refutar la prueba inadecuada que ha elegido el adversario

2.3 Vigencia de las reglas

Siendo formuladas en el Siglo XIX, podría pensarse que no son aplicables en la actualidad, o que cayeron en desuso, o que han sido superadas; sin embargo, se estima que su vigencia es incuestionable, en todas y cada una de ellas.

Para empezar, no constituyen una construcción original de Schopenhauer, sino, una recopilación, en su peculiar estilo, de la retórica griega antigua, a la que aludió el mismo Aristóteles. Y, por otro lado, constituyen un listado evidente del uso de falacias, bajo el estigma de su carácter engañoso.

Respecto del estagirita, habría que anunciar con López Eire: *“...Aristóteles intentó, al igual que se intenta en nuestros días, mejorar la imagen denostada de la retórica, y que lo hizo destacando su carácter argumentativo y la proximidad de los argumentos retóricos con los silogismos, inaugurando el terreno de la verosimilitud, a medio camino entre la verdad y la creencia irracional. Lo que trataba de evitar Aristóteles era que todas las cuestiones de la vida, de gran importancia, que no son susceptibles de demostración, quedasen en manos de la irracionalidad. La tesis aristotélica es que la razón tiene cabida en el lugar de la opinión y del consenso social. Pero, objeta López Eire, por mucho que Aristóteles nos diga que la retórica guarda similitudes con la lógica, no se nos escapa, ni tampoco al propio Aristóteles, que en la retórica no solo se emplean argumentos que apelan a la sabiduría común, sino que hace gala del noble carácter del orador o la oradora (ethos), del estado de ánimo del auditorio (pathe) y de la emoción placentera que provocan la estética y la belleza de la palabra (pathos –estilo-). En suma, la retórica es hechicera y cautivadora” (ARANGUEZ S-346).*

Desde luego, que seguirlas - las 38 estratagemas schopenhauerianas -, como guías en el desenvolvimiento de un discurso, puede generar frutos favorables al hablante, sin embargo, la cuestión es, ¿Qué tan ético puede resultar ese logro? ¿Qué tan aceptable es un triunfo que se consiga así, llevando al adversario a que se irrite, concluyendo cosas que no ha manifestado, utilizando ataques personales, desvirtuando las fuentes citadas, en fin?

Celia Amorós, Catedrática de Filosofía Moral y Política de la UNED (Madrid), poniendo estas cuestiones en un contexto más contemporáneo y haciendo un análisis del pensamiento sartreano, ubica estas dicotomías explicando: *En ello consiste la buena fe: en atenerse a la urdimbre libertad-fácticidad tal como se entreteje en la realidad humana. Y la mala fe, por el contrario, violentará esta urdimbre, retorciéndola de tal manera que tomará la libertad por fácticidad y la fácticidad por libertad. (...) encontramos una lúcida fenomenología de las actitudes y los comportamientos de mala fe, que tendrían como su denominador común el trucaje de la articulación libertad-fácticidad. (...) Así, la violencia, el ruego, la súplica, el estoicismo, la resignación, la voluntad de ignorancia son actitudes de mala fe: se puede encontrar en ellos, en diferentes modalidades, la perversión de los proyectos existenciales en los que se ha desvirtuado el plexo libertad-fácticidad. Retorcer las cosas, hacerlas ver de manera diferente a como son, o a como se presentan, es de la esencia de la mala fe, utilizando en tal propósito, bien la fuerza, la emotividad disfrazada o el simple engaño (AMOROS -9).*

Tales descripciones mal sanas, presentes en los argumentos cotidianos utilizados en los tiempos que nos alcanzan, se describen de singular manera - y tan solo por citar un ejemplo que actualice el pensamiento de Schopenhauereano respecto de las 38 reglas antes referenciadas -, por parte del filósofo político norteamericano Michael Sandel (4), al tratar el tema del mérito.

Básicamente el pensador citado al preguntarse “¿Que ha sido del bien común?”, responde que ha sido absorbido por “La tiranía del mérito” (SANDEL, 2020), esto en razón a que, buscando en la sociedad moderna, desde hace algunas décadas, fortalecer el mérito como punto de partida para el mejoramiento de las condiciones de existencia en la sociedad, éste ha llegado a privilegiar a quienes logran alcanzarlo y a menospreciar a quienes no lo consiguen.

Interpretando al filósofo, se entiende que la universidad, se ha convertido en la máquina clasificadora que otorga credenciales, con las cuales el profesional logra, en principio, ascender en el status social, en tanto que

el no titulado – que son muchos, la gran mayoría -, se suman en la discriminación y en el olvido. Desde luego, esta situación la explica tomando en cuenta la realidad norteamericana; sin embargo, la misma se estima por el mismo autor, se traslada en similares términos al resto del mundo.

Si el mérito es la punta de lanza para alcanzar el éxito, el reconocimiento social y la holgura económica, resulta ideal, en principio, porque se puede predicar para cualquier persona, si se esfuerza en conseguirlo.

Sin embargo, la realidad que se muestra en esta dialéctica social es que ese mérito no se consigue de manera limpia, no se aplica para todos y excluye a la mayoría. De ahí su tiranía.

Detalles como los siguientes, entran en consonancia por las reglas schopenhaureanas para vencer al adversario (individual, colectivo o incluso universal):

- i) Para ingresar a las universidades más reconocidas de los Estados Unidos (Yale, Standford, Georgetown, USC -Sur de California) se probó en el año 2019, que una treintena de padres adinerados participaron en un sofisticado plan para conseguir la admisión de sus hijos: pago a supervisores de pruebas para mejorar las puntuaciones, sobornar entrenadores para seleccionarlos como deportistas sin serlo, superposición de los rostros, con pagos para ello hasta de 1.2 millones de dólares (SANDEL, Pág. 15 y 16).

A lo anterior se suma el viejo sistema de acceso, mediante las donaciones que los magnates otorgan a los claustros universitarios para abonar el espacio que requieran sus hijos.

Si se tiene en cuenta que de dichas universidades se gradúan los futuros líderes empresariales y sociales del mundo, surge de inmediato la pregunta: ¿Qué se puede esperar de los graduados al momento de dirigir un país o las empresas, si para acceder a ese mérito utilizaron trampas, artilugios, y miles de dólares a fin de derrotar a sus adversarios, sin el menor atisbo de vergüenza?

- ii) La política contemporánea gira en torno a convencer al electorado con argumentos trasnochados del *“sueño americano”*, o de la movilidad social abierta para todo el mundo sin importar su origen (se alude a pasar de un estrato económico menor a otro de mayor capacidad, tan solo con el esfuerzo personal), cuando la realidad muestra que la capacidad económica estadounidense se ha estancado hace varias décadas para millones de personas, en tanto unos pocos, sí detentan, una riqueza abrumadora (5) (SANDEL. Pág. 34).

Es una retórica del acenso, que el autor la explica diciendo: *“Aunque la retórica del ascenso social es aspiracional (apunta hacia una promesa que todavía está por cumplirse), su articulación se vuelve inexorablemente congratulatoria. “Aquí en Estados Unidos todo el que trabaje duro puede ascender”. Como toda retórica potente, mezcla lo aspiracional con lo congratulatorio; afirma la esperanza como si fuera una realidad”* (SANDEL, Pág.104).

Una actitud más engañosa que esa, para convencer al electorado y apaciguar los ánimos de la sociedad, no puede, sino que estarse sujeta a las enseñanzas de Schopenhauer.

- iii) El trabajo no se dignifica, ni se remunera en consideración al aporte que se hace a la sociedad. Solo cuenta el *“credencialismo”*, las credenciales, como un prejuicio aceptable en la sociedad. Solo quienes tiene títulos aportan al bien común y por ello merecen una remuneración ostensiblemente mejor. Quienes no lo tienen, por no aportar al bien común, se merecen una remuneración menor.

Tal situación llega al punto de no escuchar a los *“no acreditados”*, por la soberbia de la meritocracia, que cree haber alcanzado el éxito exclusivamente por mérito propio y en solitario. De ahí las marchas mundiales actuales de aquellos – los no acreditados -, en protesta de ese olvido al que se los ha sometido; o las votaciones contradictorias en favor de magnates que utilizando un discurso populista de reivindicación nacional o nativista (*“primero el*

americano”), logran convencer con falacias esperanzadoras al electorado.

Obsérvese con estos pocos ejemplos, la eficacia que aún conserva en la práctica social y política en el ejercicio de la mala fe - a la manera como la presentaba el filósofo alemán aquí citado -, para la consecución de objetivos individuales o personales, pasando por encima del interlocutor o el adversario.

III. LA BUENA FE COMO PRESUNCIÓN

3.1 Razones para presumir la buena fe

En términos generales, la buena fe se presume, es decir, no es necesario probarla. Lo contrario sí: debe probarse la mala fe.

¿Por qué razón la buena fe se presume? Habría que preguntarse y la respuesta está, se estima, en una razón práctica: resultaría tedioso, e imposible estar probando en cada momento que es bueno o es correcto todo lo que una persona hace o dice.

Si se aplicara a plenitud el pensamiento schopenhaueriano, en el sentido que es la mala fe lo natural en el ser humano, entonces esta debería presumirse, para en consecuencia tener que probar la buena fe, a fin de lograr la credibilidad o ganar la confianza del otro.

Una situación así haría caótica la relación entre los seres humanos. La desconfianza generalizada no permitiría un flujo normal de la actividad diaria. Basta con hacer el ejercicio mental de pensar que, cada cosa que digan los demás debe recibirse con beneficio de inventario, porque se parte de la presunción que están engañando, estafando o manipulando. En cuestión de minutos una angustia existencial afloraría, para dar al traste con la confianza y la necesidad de aislarse para sobrevivir.

3.2 La buena fe en la legislación sustantiva colombiana

En materia jurídica, la buena fe se consagra de manera positiva en los ordenamientos procesales, es decir, se trata de una buena fe adjetiva - no sustancial -, que obliga a aceptar y respetar unas reglas de conducta procesal, tanto por las partes como por el juzgador.

En efecto, los códigos de procedimiento, en las distintas áreas jurídicas (penal, laboral, administrativa, civil, comercial) están cargados de normas que aluden, por vía de ejemplo a: la lealtad procesal, la defensa adecuada, el respeto hacia las partes y hacia la autoridad judicial evitando las ofensas so pena de sanción, o al descubrimiento integral de la prueba.

En el ordenamiento positivo colombiano, en el ámbito legal sustantivo (VIANA 2007, Pág. 92 a 94), la presunción de buena fe se puede encontrar en el Código Civil Colombiano (6), en los artículos: 109-5 (7), al tratar el tema de la rescisión y disponer que a los demandados se tendrán como poseedores de buena fe, a menos que se pruebe lo contrario; 764 (8), se expresa que en materia de posesión, es regular la que procede de justo título y adquirida de buena fe; 768 (9), siguiendo con el tema de la posesión, define la buena fe desde un enfoque subjetivo: es *“la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio”*; 769 (10), en el que se establece de manera genérica, que la buena fe se presume; y 1603 (11), que se centra en los contratos, para predicar que los mismos deben ejecutarse de buena fe, obligando no solo en lo que expresan, sino, en lo que dimana de su naturaleza.

Por su parte, el Código de Comercio (12) en las siguientes normas alude a la buena fe: art. 105 (13) que ampara los derechos de los terceros de buena fe frente a una sociedad; 502 (14), el amparo de los terceros se repite en esta disposición cuando ocurre la liquidación judicial de una sociedad; 529 (15), donde – en contravía de la presunción de buena fe y, por supuesto de la norma constitucional que más adelante se referirá - obliga al adquirente de un establecimiento a **demostrar** buena fe exenta de culpa, so pena de responder solidariamente con el enajenante del

establecimiento sobre obligaciones que no consten en libros de comercio o en el documento enajenante; 622 (16), para proteger a tenedores de buena fe de títulos expedidos en blanco, señala que se tendrán como llenados de acuerdo a las instrucciones iniciales, siempre que esa buena fe esté exenta de culpa; 820 (17) donde se protege al tenedor de buena fe exenta de culpa, respecto de una acción reivindicatoria que pudiese intentar quien se reputa dueño; 835 (18), que presume la buena fe en términos generales, para el ámbito del derecho comercial; y 871 (19), repite la obligación de presumir la buena fe en los contratos, a la manera del derecho civil, pero extendiendo su campo no solo a la ejecución del contrato sino también a su celebración.

La Ley de Contratación Pública (20), hace alusión al tema tratado en los arts. 5-2 (21), cuando obliga a los contratistas con el Estado a actuar con lealtad y buena fe durante todas las etapas contractuales; y el 28 (22) que forja como regla de interpretación de las normas contractuales los mandatos de la buena fe, pero sin definir ni especificar cuáles son esos mandatos, por lo que se trata de una norma abierta.

3.3 La buena fe en la legislación adjetiva colombiana

En el terreno legal adjetivo, la presunción de buena fe se consagra, entre otros, en los Códigos Procesal General -CGP (23) y Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

El CGP, en el art. 42 (24), fija como deber del juez, cuatro conductas: prevenir, remediar, sancionar o denunciar, entre otras cosas, los actos contrarios a la lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en los procesos judiciales; en el art. 78 (25), señala como obligación de las partes y sus apoderados, obrar de buena fe. Se puede notar en el contenido de su texto, un listado de actuaciones, que se yerguen como los opuestos a algunas de las 38 reglas expuestas por Schopenhauer, antes referenciadas. Con lo cual, el legislador colombiano amenaza con

sancionar a quien se porte de manera contraria, lo hace precisamente, porque en múltiples eventos, las partes y apoderados actúan al interior del proceso judicial, precisamente de la manera como no se quiere que actúen.

En el art. 79 (26), del mismo ordenamiento, se presume la temeridad o mala fe en seis eventos claros: **i)** cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal, **ii)** se aduzcan condiciones inexistentes, **iii)** se utilice el proceso con fines ilegales, dolosos o fraudulentos, **iv)** se obstruya la práctica de pruebas, **v)** se entorpezca el desarrollo expedito y normal del proceso; y **vi)** se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.

Nótese que se trata de un verdadero decálogo de ética procesal, que se aparta en todo de las 38 reglas schopenhauereanas. Pero se recalca, ¿Por qué se consagran así? precisamente porque constituyen la práctica de cada día de los procesos judiciales: la continua presentación de memoriales sin fundamento, la simulación en ciertas condiciones que no se tienen, el fin doloso o fraudulento para acudir a la justicia, el entorpecimiento de las pruebas que no favorecen los intereses propios, el entorpecimiento para que el proceso no avance (recursos infundados, aplazamientos permanentes de diligencias, entre otros) y la citación inexacta de eventos, hechos, pruebas, normas o jurisprudencia.

El Art. 80 (27) y Art. 81 (28), hacen responsables patrimonialmente a las partes y a los apoderados cuando actúen con temeridad o de mala fe, estableciendo no solo la obligación de responder por los perjuicios que se llegasen a causar, sino también, fijando una multa, más o menos significativa, con lo cual se trata de encasillarlos en los cauces de la buena fe.

Por su parte en el CPACA, al desarrollar el procedimiento administrativo (léase actuación ante la administración pública), empieza por señalar que uno de los principios que debe regir la actuación ante la administración es el principio de buena fe, art. 3, num. 4 (29), aludiendo a la obligación

de presumir el comportamiento leal y fiel en el ejercicio de competencias y derechos y deberes.

Así mismo, entre los deberes de la persona cuando actúe ante la administración, está el de hacerlo bajo el principio de buena fe (art. 6 ibidem (30), y para ello deberá abstenerse, entre otras cosas de: i) Emplear maniobras dilatorias; ii) Efectuar o aportar, a sabiendas, pruebas falsas; iii) Hacer afirmaciones temerarias. He aquí, otra vez, Schopenhauer vigente con sus reglas ya conocidas, tratando el legislador colombiano de reprimirlas mediante mandatos positivos.

Visibles, también esas reglas cuando se enumeran en el art. 9 del mismo ordenamiento (31), los deberes correlativos para las autoridades; entre ellos los de: i) No incurrir en demoras; ii) No entorpecer los procedimientos; iii) No dejar de practicar las pruebas pedidas; iv) No intimidar a los posibles recurrentes, en fin.

Cabe agregar que los actos de mala fe al interior de los procedimientos judiciales y administrativos, acarrearán también sanciones de índole penal de conformidad con el artículo 453 del Código Penal colombiano, modificado por la Ley 890 del 2004 (32) al tipificar el delito de fraude procesal, que castiga con pena de prisión, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas cuando se logra hacer incurrir en error al servidor público, para obtener sentencia o acto contrario a la ley.

IV. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

4.1 La buena fe en la Constitución Colombiana de 1991

La buena fe como principio superior, aparece consagrada en la Constitución Política de Colombia de 1991, en el art. 83 (33).

Una expresión similar, de tal talante, no aparece consagrada - que se conozca -, en ningún otro ordenamiento constitucional. Se pueden encontrar sí, normas de carácter legal, especialmente las procesales – como ya se advertía en el capítulo anterior – que aluden de una forma u otra a tal referencia, pero no en una Carta Magna, como sí aparece en Colombia.

Cabría preguntarse: ¿Cuál es la razón de esa consagración constitucional?; como también: ¿Qué repercusiones tiene eso? A fin de responder el primer interrogante, basta con remontarse al análisis del origen de la norma, que se hizo en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991; para precisar las repercusiones, se pueden consultar los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, acudiendo a los antecedentes históricos de la misma.

4.2 Antecedentes del principio de presunción de buena fe en la Asamblea Constituyente de 1991

En la Gaceta Legislativa, que recogió los proyectos, discusiones y decisiones finales de los constituyentes de ese entonces para forjar el texto final de la Carta de 1991, se alude a la general desconfianza que se tiene, por parte de las autoridades oficiales - léase también administración pública -, hacia el particular, diciendo que:

Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual, so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a proteger (34).

Y se continúa, sosteniendo que la consagración constitucional del principio de buena fe:

No haría sino reconocer una realidad que poco a poco ha ido imponiéndose como conveniente y necesaria, al paso que eliminan los vacíos, lagunas jurídicas y conflictos que se derivan de la ausencia de una norma expresa (35).

Por supuesto, la intención manifestada por los constituyentes es clara: cambiar el paradigma perverso de la presunción de mala fe en la gestión de los particulares, por el de la aplicación de la buena fe. La realidad muestra que, esa maraña de requisitos y procedimientos que hay que cumplir ante la administración pública siguen vigentes y que los vacíos, las lagunas jurídicas y los conflictos siguen sacándose a relucir, no obstante, la presencia de la norma expresa, después de más de 30 años de haberse expedido la Carta.

En Gaceta posterior se insiste en el proyecto de norma, sosteniendo:

La norma con carácter imperativo, establece una presunción que debe constituir garantía esencial del ciudadano y que pese a ser de la esencia del Derecho, ha sido, en la práctica, invertida en Colombia (36).

Es posible que no solo en Colombia, sino en muchos Estados, la práctica mencionada, está invertida, no obstante, se debe predicar que es de la esencia del derecho; la presunción de la buena fe.

Al final, se planteó separar las normas que aludían al principio de buena fe y al de la prohibición de exigir requisitos adicionales a los establecidos en las leyes, precisamente porque con ello se:

(...) dará mayor entidad al principio de la buena fe que debe iluminar la totalidad del ordenamiento jurídico. (...) se pretende

extender el principio, hoy consagrado expresamente en algunas normas del derecho civil, al ámbito del derecho público, en especial al de las relaciones entre los particulares y las autoridades con el propósito fundamental de relieves el criterio de servicio público que debe presidir las actuaciones de la administración, por encima de las condiciones meramente formalista y muchas veces entrabadoras (37).

Obsérvese, entonces, que el querer de los constituyentes en este punto, parte de la base de reconocer que en la sociedad impera una actitud de desvalor, frente a la actuación que puede cumplir un particular ante la administración, cuando debería ser todo lo contrario, esto es, confiar en que su actuar está siempre ceñido a unos parámetros legales correctos. Y, además, que el principio debe regir no solo en el campo privado, sino especialmente en el ámbito público, por eso, la presunción de buena fe que se consagra es la del particular ante la administración y no la de la administración frente al particular. Lo cual, no quiere decir que esta última, la de la administración, no deba ser regida por la buena fe, leal, o correcta, pues por obligación, por mandato legal, siempre las autoridades deben actuar en procura de preservar la vida, honra y bienes de las personas y el orden jurídico, entre otros, al tenor del art. 2 Constitucional (38).

4.3 Alcances jurisprudenciales del principio de presunción de buena fe

Por su parte, ya en cuanto a las implicaciones de la consagración del principio en comento, la guardiana de la Constitución (Corte Constitucional Colombiana), ha precisado el principio de la buena fe así:

Sentencia C- 511 del 3 de septiembre de 1992 (39)

El ordenamiento no es un instrumento para sorprender a los destinatarios de las normas y pierde toda seriedad y prestigio

cuando se utiliza con ese propósito. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades - señala el artículo 83 de la CP - deben ceñirse a los postulados de **la buena fe, la cual se vulnera cuando la actuación pública revela una conducta que no es la conducta normal y recta que cabe legalmente esperar del Estado y sus agentes.** La conducta paradigmática que en todo momento debe observar el Estado no admite excepciones, ni siquiera frente a manifestaciones deshonestas y desleales de los administrados, para las cuales puede y debe apelarse a los muchos poderes y correctivos que brinda el ordenamiento y que aseguran una respuesta eficaz a los mismos (Negrillas fuera de texto).

Sentencia C-1194 del 3 de diciembre de 2008 (40):

La Corte Constitucional ha considerado que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado. [5]

*En este orden de ideas **la jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”*** [6]. *En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”* [7]

(...)

Concretamente con respecto al contenido concreto del artículo 83 superior, debe la Corte indicar que conforme con este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas.

*Adicionalmente también ha estimado que **la presunción de buena fe establecida en el artículo superior respecto de las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario.***^[9]

Estima la Corte, que en tanto la buena fe es un postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen.

*Por lo tanto, observa la Corte que **no se trata por esencia de un principio absoluto, y es por ello que la Corte Constitucional también ha admito la posibilidad de que, excepcionalmente, la ley establezca la presunción de mala fe, y le atribuya los efectos que considere en cada caso, lo cual se traduce en si se admite o no prueba en contrario en cada caso.***

(...)

*Con fundamento en lo anterior concluye la Sala que **la ley puede determinar criterios, antecedentes, o circunstancias conocidas, de las cuales se deduzca en una situación particular, una presunción de mala fe, de naturaleza legal o de derecho, conforme con lo que ella misma disponga, y que por tanto admita o no prueba en contrario.***

Recapitulando, es claro para la Corte que si bien el ordenamiento jurídico por regla general presume la buena fe de los particulares en sus relaciones, y en las actuaciones que adelanten ante las autoridades públicas, este es un principio que no es por esencia absoluto, de tal manera que en situaciones concretas admite prueba en contrario, y en este sentido es viable que el legislador excepcionalmente, establezca presunciones de mala fe, señalando las circunstancias ante las cuales ella procede (Negrillas fuera de texto).

Lo anterior permite afirmar, que a nivel de la jurisprudencia constitucional colombiana, se ha entendido, desde las primeras providencias de dicha alta Corte que: **i)** El principio de buena fe exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta; **ii)** La presunción de buena fe así establecida es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario; y **iii)** No es un principio absoluto, por lo que, excepcionalmente, la ley puede establecer una presunción de mala fe, en ciertas circunstancias previamente definidas.

V. LA MALA FE EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

5.1 Alcances de la mala fe en la argumentación jurídica

La mala fe en la argumentación jurídica desbarata por completo el objetivo de aquella (la argumentación), si por tal se entiende el propósito de convencer - no de engañar - al otro (contraparte) o a un tercero (juez). Tasia Aranguéz, docente de la Universidad de Granada, España, lo explica así: *“Nadie podría argumentar si todas las personas presumieran que las demás mienten por sistema. Es necesario que exista un mínimo de sinceridad, un mínimo de confianza y un mínimo de buena fe para que*

exista un dialogo (o un proceso legal). Considero que los autores - se refiere a Alexy y Vega Reñón - tienen razón: de no ser así, todos los asuntos se resolverían mediante la violencia privada dado que nadie confiaría en el derecho” (ARANGUEZ S- 342).

Sin embargo, en la práctica jurídica resulta evidente que la mala fe se encuentra presente, especialmente en el litigio aquel que se compromete no con la justicia sino exclusivamente con el cliente.

5.2 Comparación de las reglas del discurso general de Alexy con las 38 reglas de Schopenhauer

Bien se sabe que el jurista alemán Robert Alexy, a través de su Teoría de la Argumentación Jurídica, ha buscado, entre otras cosas, reivindicar el ejercicio profesional del derecho, en especial el discurso jurídico, planteando una serie de parámetros, que resultan contrapuestos a los de Schopenhauer, primero respecto del discurso general y luego con relación al discurso jurídico en sí.

Para formularlos, hizo un recorrido muy claro, entre otros, del pensamiento de Toulmin, al analizar su teoría general de la argumentación y de Habermas especialmente, al tratar, entre otros temas, la crítica de este autor a la teoría de la verdad como correspondencia, la lógica del discurso y la situación ideal de diálogo.

Con el ánimo de comparar, las 38 reglas de Schopenhauer con las reglas del discurso práctico general que planteó Alexy, se detallan a continuación estas últimas así (ALEXY-1978, Apéndice Pág. 283):

a) Las reglas fundamentales

(1.1) Ningún hablante puede contradecirse.

(1.2) Todo hablante solo puede afirmar aquello que el mismo cree.

*(1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto **a** debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual **a** en todos los aspectos relevantes.*

(1.3) Todo hablante solo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.

(1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

b) Las reglas de razón

(2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

(2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

(2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier asección.

(b) Todos pueden introducir cualquier asección en el discurso.

(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

c) Las reglas de carga de la argumentación

(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.

(3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

(3.3) Quien ha aducido un argumento solo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

(3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

d) Las formas de argumentos (41)**e) Las reglas de fundamentación**

(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

(5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:

a) Si, aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo, ha perdido después su justificación, o

b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual.

Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido solo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

(5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

f) Las reglas de transición

(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

(6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

(6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

Todas las reglas de Alexy, las fundamentales, las de razón, las de carga de argumentación, las de fundamentación y las de transición, giran, como puede detallarse, en torno al respeto de la buena fe, pues parten de la base que el hablante las acepta para sí, asume respetarlas, y a su vez, aspira o espera que el otro hablante también las asuma y las respete. Cualquier irrespeto a las mismas, por parte del uno, o del otro, o de los dos, dará al traste, de manera inexorable, con la eficacia del discurso general, para caer, entonces, en la mentira, en el engaño, en la manipulación, en la deshonestidad y dar paso así al reino de la mala fe.

5.3 Comparación de las reglas del discurso jurídico de Alexy con las 38 reglas de Schopenhauer

El jurista y filósofo alemán en cita, avanzó en su estudio, formulando reglas ya en el campo específico del derecho, y más en concreto en el discurso jurídico.

Las reglas del discurso jurídico las planteó Alexy así (ALEXY-1978, Apéndice Pág. 285):

a) Reglas de la justificación interna

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

*(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si **a** es un **T** o un **M**, hay que aducir una regla que decida la cuestión.*

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

b) Reglas de la justificación externa

(J.6) Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación.

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

c) Reglas de la argumentación dogmática

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

d) Las reglas más generales del uso de los precedentes

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

e) Regla especial de argumentos jurídicos

(J.18) Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

Estas reglas de Alexy, las de justificación interna, las de justificación externa, las de la argumentación dogmática, las del uso de precedentes y la regla especial de argumentos jurídicos, también aluden al respeto de la buena fe, pues exigen coherencia en ese discurso específico, saturación, solvencia y cita adecuada de precedentes, entre otras cosas. Un descuido en tal sentido por parte de quien ejerce el discurso, puede perfectamente ser criticado por el otro (la otra parte, el adversario) para exigir su respeto, según la lealtad y confianza que permea todo el sistema.

¿Dónde se recogen esas reglas de Alexy?, pues como se habrá podido deducir, precisamente en los códigos sustantivos y de procedimiento, como los aquí citados, donde se sanciona procesalmente al partícipe incumplido o irrespetuoso de los cánones preestablecidos.

Para rematar este acápite, si bien se plantea aquí una dicotomía entre la argumentación mala (Schopenhauer) y la argumentación buena (Alexy), debe tenerse en cuenta que no podemos catalogar de manera absoluta, ni buenas ni malas, ciertas formas de utilizar los argumentos, solo que, por lo que aquí se ha expuesto, el primero de los filósofos citados, sí advierte en su escrito que las estratagemas que propone son utilizables para vencer, para disuadir, sin importar el cómo, es decir, a la manera contra Kantiana: el mal fin a obtenerse, se justifica por esos medios.

VI ANÁLISIS DE UN TEMA PARADIGMÁTICO

6.1 Los “falsos positivos” en Colombia

Los llamados “falsos positivos”, constituyen, como ya se advertía en la introducción, un pasaje siniestro de la historia colombiana. En efecto, no obstante, pregonarse que Colombia se yergue como un Estado Social de Derecho, que rige desde el año 1991 y que es respetuoso de la democracia, de la vida y de la dignidad humana, se incurrió en la primera década de este siglo (2001) en la ignominia de llevar a cabo ejecuciones extrajudiciales, por parte de miembros de la institución armada - llamada precisamente a proteger la vida, honra y bienes de las personas (42) -, sobre individuos indefensos, previamente escogidos, a quienes se asesinaba, para luego hacerlos pasar por miembros activos de la guerrilla, contra la cual supuestamente se combatía.

El número de ellos aumentó en una cifra escalofriante, que solo ha podido consolidarse años después, dado que en su momento se hicieron pasar, se insiste, como guerrilleros caídos en combate.

Estos dantescos casos, se traen a colación en este ensayo, para poner de presente, el extremo perverso al que se puede llegar, dentro de una práctica argumentativa basada en la mala fe, tan solo para tratar de mostrar lo que no es, es decir, de ocultar la verdad y de ganar unos réditos ínfimos a costa de vidas humanas.

Aseguró la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y No Repetición -CEVCNR, en su informe final, presentado en el año 2022:

*Si hubieran sido diez, sería gravísimo. Si hubieran sido cien, sería para exigir el cambio de un ejército. **Fueron miles y es una monstruosidad.** La JEP hizo público el número 6.402, que se volvió consigna en los murales callejeros, y la Comisión considera que pueden ser muchos más. **El crimen se produjo en casi todas las brigadas y están implicados directamente desde soldados hasta varios generales. No había una ley u***

ordenamiento escrito que lo mandara, pero el sentir de los soldados que disparaban era estar haciendo lo que la institución quería, por los incentivos y presiones que demandaban resultados inmediatos de cadáveres, la publicidad que se daba a «los dados de baja» y la protección a los perpetradores.

Desde que empezaron a incrementarse estas ejecuciones extrajudiciales, en 2001, hubo denuncias de víctimas y de organizaciones nacionales e internacionales (COMISIÓN, Pág. 26-negrillas fuera de texto).

6.2 Argumentos que justificaron los “falsos positivos” al interior de las fuerzas armadas

Se afirma que las fuerzas militares, con algunos de sus miembros - hay que decirlo, no todos -, actuaron así, bajo la presión de altos mandos, que exigían resultados concretos en la lucha contra la subversión, a cambio de prebendas, como permisos, condecoraciones o ascensos.

Es decir, se tergiversó la escala de valores en los autores intelectuales y materiales de las muertes, poniendo, por encima de la vida de humildes ciudadanos desarmados, pírricos beneficios. Actuando así, no solo de mala fe, con el engaño y la puesta en escena falsa, sino con clara perversidad e insensibilidad.

Como lo anunció la CEVCNR, en su informe final, aquí comentado:

El daño causado por este crimen de Estado a la ética pública de la nación es inconmensurable y tiene un efecto devastador en los niños y jóvenes de Colombia: militares de alto rango del Ejército y mandos medios, funcionarios del Estado, violando la ley, mostraron como positivo públicamente y durante varios años lo que era execrable. Lo hicieron miles de veces, presentaron como punto de honor lo que era intrínsecamente

perverso y buscaron hacer de la mentira un motivo de gloria. Y este daño moral a la nación vulnera la legitimidad social de toda la fuerza pública (COMISIÓN, Pág. 27, 28).

6.3 Argumentos de las víctimas demandantes

En una de las sentencias en que el Consejo de Estado condenó al Estado Colombiano, por ejecuciones extrajudiciales por parte del Ejército Nacional, los argumentos que esbozaron las víctimas demandantes fueron del siguiente tenor:

sostuvo la parte actora que el daño antijurídico se concreta en la ejecución extrajudicial de José Lorenzo Taborda que provino de varios agentes del Estado, por lo que los demandantes no están en el deber jurídico de soportar las consecuencias perjudiciales provocadas por la acción del Ejército Nacional [fl.9 c1]. Los actores manifestaron haber sufrido perjuicios materiales e inmateriales como consecuencia de la desaparición forzada y posterior ejecución extrajudicial de José Lorenzo Taborda Taborda a manos de los miembros del Batallón de Infantería No. 44 “Ramón Nonato Pérez” del Ejército Nacional, en los hechos ocurridos el día 14 de marzo de 2007, de manera que solicitan sean resarcidos en su totalidad mediante el ejercicio de la presente acción (43).

Tal situación se repite en las múltiples demandas que se han conocido al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana, con el siguiente sentido:

donde todo fue falso: la oferta de trabajo para reclutarlos, el combate fingido, los trajes y botas de guerrilleros, las armas sobre sus cadáveres, el dictamen de Fiscalía como «muertos en acción armada» y la acción de la Justicia Penal Militar” (COMISIÓN, Pág. 26).

En los alegatos de conclusión de primer grado, la parte accionante, agregó:

pudo acreditarse que el occiso Taborda Taborda presentaba retardo mental moderado y movimientos coreoatetósicos, de conformidad con lo consignado en la historia clínica obrante en el expediente y con la declaración rendida por su médico tratante, razón por la cual el paciente se encontraba en imposibilidad de ejecutar funciones como correr, desarrollar marcha regular, e incluso, usar cualquier tipo de armamentos. Así las cosas, estimó el apoderado de la parte actora, que no eran de recibo las declaraciones rendidas por los militares que dieron de baja a José Lorenzo Taborda, en virtud de las cuales se afirmó que el occiso, en compañía de dos sujetos presuntamente pertenecientes a bandas narcotraficantes, abrieron fuego indiscriminado a los agentes al oír la proclama del Ejército Nacional (44).

Nótese con ello, que de la prueba que alimentó el expediente, resultaba cada vez más claro que la víctima no podía haber actuado de manera violenta y menos con armas contra los uniformados.

6.4 Argumentos de la defensa de la institución estatal demandada

Al momento de contestar la demanda, el Ejército sostuvo, como lo hizo en múltiples, contestaciones similares:

oponiéndose a la totalidad de las pretensiones e invocando como excepciones la culpa exclusiva de la víctima y la necesidad de la prueba. En efecto, estimó la demandada que, en el caso concreto, la actuación de la víctima fue la única y exclusiva

causa del daño padecido por los demandantes, pues siendo un presunto militante de grupos subversivos, el señor Taborda Taborda era susceptible de ser dado de baja en operativos militares. Así mismo argumentó que para imponer una eventual condena en contra del Ministerio de Defensa, era necesario probar, a cargo de los demandantes, la acción u omisión constitutiva de falla en el servicio (45).

Esta respuesta funciona como una contestación de cajón, institucionalizada, buscando negar todo y tratando de hacer ver que en efecto se trataba de un acto de combate.

Tal ejercicio de la defensa, como cuerpo litigante, podría ser formulado de buena o de mala fe. De buena fe si el togado argumentante resultaba engañado por los involucrados y llamados a responder por el crimen, al insistir ellos, que todo fue parte de la lucha armada antisubversiva. Y de mala fe, si, sabiendo la verdad sobre lo acontecido, en lugar de aceptar los hechos, conciliar los perjuicios y pedir perdón, se volvía a revictimizar a los dolientes, haciéndolos sufrir un largo proceso contencioso, de dos instancias, que podría durar años – como en efecto duró cinco (5) años (46) -, dentro del cual tenían que esforzarse probatoriamente, para desvirtuar los descargos y fortalecer su punto vista acusatorio.

Ya en los alegatos de conclusión de primer grado, si bien insistió en los argumentos planteados al momento de contestar la demanda, la defensa de la institución armada al menos puso de presente:

que era necesario esperar las resultas de los procesos penales contra los uniformados, pues de lo contrario, no podría acreditarse que la muerte del señor Taborda Taborda se alejó del estricto cumplimiento de sus funciones.

Adicionalmente, estimó que en caso de condenar al Estado, debía desestimarse el lucro cesante solicitado en la demanda, pues la suma pretendida por los actores no fue probada en

ningún momento del proceso, máxime si se tiene en cuenta que el occiso padecía de retardo mental moderado (47).

Frente a ello ya se observa que, con el devenir del proceso y ante la evidencia de la prueba, la defensa de la accionada, resultaba más difícil de sostenerse con argumentos coherentes y creíbles.

No obstante, eso, procedió el apoderado de la demandada a impugnar el fallo condenatorio de primer grado, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Casanare el 13 de febrero de 2013, sosteniendo la legítima defensa de los militares ante la agresión de los civiles y argumentando:

el Tribunal dio por sentada la configuración de la responsabilidad al suponer indebidamente la existencia de un “homicidio” en la persona de José Lorenzo Taborda y una “falsedad” en las versiones de los militares, situaciones jurídicas que al no estar expresamente reconocidas por la jurisdicción penal, no pueden tenerse como consolidadas por la jurisdicción contenciosa en la medida en que tales declaraciones escapan a su ámbito de competencia; iii) en cuanto a los perjuicios morales solicitados por la madre del occiso, María Verónica Taborda de Taborda, estimó el apoderado de la entidad que el dolor, aflicción y congoja presuntamente padecidos por ella, quedaba desvirtuado con lo consignado en la prueba pericial consistente en la valoración psicológica del señor Taborda Taborda, en la cual se plasmó que la víctima se encontraba en situación de abandono, rechazo, inferioridad y poca autoestima, manifestando temor ante la figura materna; razón por la cual, en caso de una eventual condena, no puede condenarse a la demandada al pago máximo de indemnización por este concepto; y, iv) teniendo en cuenta que no existe fallo penal mediante el cual se haya declarado la existencia de la comisión de un delito por parte de los militares que participaron

en el operativo militar, de acreditarse su absolución, la condena impuesta en esta sentencia sería injusta y se estaría ante una incongruencia judicial (48).

Desde luego que, en la actividad litigiosa, resulta válido aceptar que la parte acusada se defienda hasta el final del proceso. Sin embargo, de entrada los argumentos así esbozados resultan de por sí contradictorios, pues en tanto se admite, de alguna manera, para efectos de negar los perjuicios materiales por lucro cesante, que la víctima tenía retardo mental; por otro lado, no es congruente que, a la vez, se exija que una autoridad penal declare el homicidio, como pre requisito para poder condenar al Estado por daños y perjuicios, a sabiendas que las dos jurisdicciones operan de manera independiente, dado que la una, la penal, averigua por la responsabilidad personal de los involucrados y la otra, la contenciosa administrativa, por la responsabilidad de la institución actuante.

6.5 Argumentos del juez para condenar al Estado

Después de hacer una extensa evaluación probatoria, el Consejo de Estado concluyó de manera contundente y vehemente:

Para determinar que se trata de un acto de lesa humanidad la Sala ha debido analizar bajo unos criterios contextuales, los hechos del presente caso y los de las otras tres decisiones judiciales que se producen en esta misma fecha, de las que se desprenden los elementos singulares siguientes: (1) se trata de acciones desplegadas por diferentes unidades y miembros de las fuerzas militares con ocasión del conflicto armado; (2) se realizan bajo la cobertura de órdenes o misiones militares y con conocimiento de los altos mandos militares de cada zona en donde se despliegan; (3) presuntamente se identifican a miembros de grupos armados insurgentes, de bandas

criminales o de narcotraficantes; (4) involucran a personas de la población civil que responden a ciertas características: (4.1) son jóvenes [edades que oscilan entre 19 y 26 años]; (4.2) algunos campesinos, otras personas que llegaron a las ciudades y que tenían un oficio, en determinados casos personas que realizan actividades ilícitas menores y alguno con una elección de vida social, como ser “punkero”, o con discapacidades mentales o sensoriales reconocibles exteriormente; (5) son presentados como dados de baja en presuntos combates entre las fuerzas militares y miembros de grupos armados insurgentes o bandas criminales; (6) en la escena de los hechos, a las personas de la población civil muertas violentamente, les encuentran armas de fuego de corto alcance [revólveres y pistolas] que fueron accionadas en pocas ocasiones o no lo fueron; (7) por el contrario, los miembros de cada unidad militar disparan en el evento un abundante número de proyectiles de sus armas de dotación oficial]; (8) siempre se trataba de acciones en las que las unidades militares contaban con mayoría respecto de los presuntos insurgentes o de los miembros de bandas criminales; (9) los hechos ocurren en la noche, en zonas de difícil acceso y sin presencia de viviendas; y, (10) las investigaciones iniciales son adelantadas por la justicia penal militar con cierres, archivos y envío a la jurisdicción ordinaria después de enfrentar serias dificultades para lograr establecer la veracidad de los hechos (49).

Con ello, se devela la gravedad de los hechos, pues desde el punto de vista procesal no quedó duda alguna: sobre la mala fe con que actuaron los militares, el engaño al que sometieron a toda la sociedad, la audacia perversa con la que actuaron; su falta de humanidad, su insistencia sobre la realidad de los supuestos hechos montados, inclusive durante el trámite procesal. Y en últimas, el compromiso institucional sobre los crímenes, pues se recalca que no se trató de un caso aislado, sino de un plan amplio que abarcó varias unidades tácticas (50).

De todas maneras, el discurso final, el del juez, consolidado en la sentencia que pone fin al proceso, requiere de un estudio concreto, caso por caso, definido con fundamento en el análisis probatorio respectivo. Se dice esto, en razón a que no toda muerte producida por miembros de las fuerzas armadas, puede considerarse, *a priori*, como “falso positivo”.

Se conoce, en la práctica judicial administrativa colombiana, que ello ha ocurrido en el sentido de que se han presentado demandas de reparación directa, calificadas de entrada, por los abogados litigantes, como “falsos positivos”, resultando al final que no lo son, en razón a probarse, por vía de ejemplo: la culpa de la víctima, o una fuerza mayor, o incluso uso excesivo de la fuerza, pero no necesariamente un falso positivo, como el que se ha descrito aquí.

De ahí que, es importante que el juzgador, tenga la entereza suficiente para hacer una abstracción de la figura y adentrarse en el caso concreto con la apertura mental suficiente, como para valorar las pruebas que logren recaudarse, a fin de evitar el sesgo de confirmación, esto es, la circunstancia consistente en que se ha basado una primera impresión del caso, en muchas ocasiones lo que se hace es corroborarla al terminar el proceso con su fallo, sin un adecuado análisis probatorio concreto, completo y suficiente.

En otras palabras, también en el discurso final del juzgador, es factible incurrir en prácticas de mala fe, si ese sesgo de confirmación se hace primar en la mente de aquel, sobre el desarrollo procesal que puede indicar otra situación diferente.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión es posible, entonces, señalar las siguientes:

- a) La buena fe y la mala fe, pueden estar presentes en una argumentación jurídica.

- b) La buena fe, puede fortalecerse si se respetan unas reglas mínimas dentro del acto de habla (oral o escrito) tanto por el hablante como por el adversario.
- c) La mala fe en la práctica argumentativa, puede evidenciarse, si se siguen consejos como las 38 reglas expuestas por el pensador Schopenhauer para convencer o derrotar al adversario.
- d) La buena fe se presume, por mandato superior, en Colombia, gracias al texto contenido en el art. 83 de la Carta Política de 1991.
- e) No obstante, esa presunción que debería regir a nivel de todas las jurisdicciones, sin ninguna connotación adicional, se ha hecho necesario, en los ordenamientos sustantivos y adjetivos (códigos de procedimiento), fijar por el legislador, parámetros concretos que, bajo la presión de imponer una sanción procesal, obliga a las partes y sujetos procesales en general, a comportarse de acuerdo a parámetros de la buena fe.
- f) Las reglas del discurso general y del discurso jurídico, planteadas por Alexy, en su *Teoría de la Argumentación Jurídica*, también propenden por ese comportamiento leal y de confianza legítima, que constituyen la columna vertebral de la buena fe.
- g) La mala fe es un concepto/práctica que aflora, penetra, se anquilosa y persiste en cualquier clase de argumentación, dada precisamente la tendencia natural que tiene el ser humano de obrar con egoísmo. Más aún, en el discurso jurídico, donde para empezar existe un juego de partes que procuran sus propios intereses y un discurso final, el del juez, que, basado en una primera impresión del caso, a través del llamado sesgo de confirmación, en algunas ocasiones lo que hace es corroborarla – la primera impresión -, al terminar el proceso con su fallo, no obstante que, en el desarrollo de la actuación judicial y producto de la prueba incorporada, la conclusión podría ser diferente.

- h) Se ha puesto de presente, en un tema paradigmático, ocurrido en Colombia, en el cual se hace visible la argumentación planteada por los involucrados, inclinada en ocasiones hacia la buena o la mala fe, con lo cual se evidencia que tales actitudes no son ajenas a la práctica judicial.

Circasia, 13 de septiembre de 2023

Citas

- 1 Se calculó por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y No Repetición -CEVCNR, un órgano constituido para identificar los hechos ocurridos en décadas de violencia en Colombia – una de las tres entidades creadas por el Acuerdo de Paz entre el Estado Colombiano y las FARC EP- , junto con la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas – UBPD y la Jurisdicción Especial para la Paz JEP -, que los falsos positivos, según la JEP, alcanzaron el número escalofriante de: **6.402**, pero según la Comisión pueden ser más (COMISION, 2022-Pág. 26).
- 2 El correcto actuar de los individuos en sus relaciones jurídicas.
- 3 Publicado cuatro años después de su muerte como parte del libro *Del Legado Manuscrito de Schopenhauer* en 1864.
- 4 Quien regenta la cátedra Anne T. y Robert M. Bass en la Universidad de Harvard.
- 5 *“En términos reales, la media de la renta anual individual de los varones en edad de trabajar, unos 36.000 dólares, es menor que la de cuatro décadas atrás. En la actualidad, el 1 por ciento más rico de los estadounidenses gana más que todo el 50 por ciento más pobre”.*
- 6 LEY 84 DE 1873 (26 de mayo) Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. CÓDIGO CIVIL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Vigente hasta la fecha con relativas modificaciones.
- 7 ARTICULO 109. <REGLAS DE LA RESCISION>. En la rescisión del derecho de posesión definitiva se observarán las reglas que siguen: (...)/ 5a) **Para toda restitución**

serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba contraria. (...).

8 ARTÍCULO 764. <TIPOS DE POSESION>. La posesión puede ser regular o irregular. **/Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe**, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. /Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular. (...).

9 ARTÍCULO 768. <BUENA FE EN LA POSESION>. **La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio. /Así, en los títulos traslativos de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. /Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. /Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.**

10 ARTÍCULO 769. <PRESUNCIÓN DE BUENA FE>. **La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. /En todos los otros, la mala fe deberá probarse.**

11 ARTÍCULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>. **Los contratos deben ejecutarse de buena fe**, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

12 DECRETO 410 DE 1971 (marzo 27). Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971

13 ARTÍCULO 105. <NULIDAD POR OBJETO O CAUSA ILÍCITA EN CONTRATO DE SOCIEDAD>. La nulidad por ilicitud del objeto o de la causa podrá alegarse como acción o como excepción por cualquiera de los asociados o por cualquier tercero que tenga interés en ello. **/Los terceros de buena fe podrán hacer efectivos sus derechos contra la sociedad, sin que a los asociados les sea admisible oponer la nulidad. (...).**

14 ARTÍCULO 502. <EFECTOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD>. **La declaración judicial de nulidad de la sociedad no afectará los derechos de terceros de buena fe que hayan contratado con ella. (...).**

15 ARTÍCULO 529. <RESPONSABILIDAD POR OBLIGACIONES QUE NO CONSTEN EN LOS LIBROS>. Las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en

documento de enajenación continuará a cargo del enajenante del establecimiento, pero si el adquirente no demuestra buena fe exenta de culpa, responderá solidariamente con aquél de dichas obligaciones. (Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-963-99](#) del 01 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.)

16 ARTÍCULO 622. <LLENO DE ESPACIOS EN BLANCO Y TÍTULOS EN BLANCO - VALIDEZ>. Si en el título se dejan espacios en blanco cualquier tenedor legítimo podrá llenarlos, conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora. /Una firma puesta sobre un papel en blanco, entregado por el firmante para convertirlo en un título-valor, dará al tenedor el derecho de llenarlo. Para que el título, una vez completado, pueda hacerse valer contra cualquiera de los que en él han intervenido antes de completarse, deberá ser llenado estrictamente de acuerdo con la autorización dada para ello. /**Si un título de esta clase es negociado, después de llenado, a favor de un tenedor de buena fe exenta de culpa, será válido y efectivo para dicho tenedor y éste podrá hacerlo valer como si se hubiera llenado de acuerdo con las autorizaciones dadas.**

17 ARTÍCULO 820. <PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA>. **La acción reivindicatoria procederá contra el primer adquirente y contra cualquier tenedor ulterior que no sea de buena fe exenta de culpa.**

18 ARTÍCULO 835. <PRESUNCIÓN DE BUENA FE>. **Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa.** Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.

19 ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>. **Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe** y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

20 LEY 80 DE 1993 (octubre 28). Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993

21 ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, **los contratistas:** (...) / 2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general,

obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.

22 ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. **En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas** y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, **se tendrá en consideración** los fines y los principios de que trata esta ley, **los mandatos de la buena fe** y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

23 LEY 1564 DE 2012 (julio 12).Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012

24 ARTÍCULO 42. DEBERES DEL JUEZ. Son deberes del juez: (...) /3. **Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.** (...).

25 ARTÍCULO 78. DEBERES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS. Son deberes de las partes y sus apoderados: /1. **Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.** /2. **Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales.** /3. **Abstenerse de obstaculizar el desarrollo de las audiencias y diligencias.** /4. **Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de este, a las partes y a los auxiliares de la justicia.** (...).

26 ARTÍCULO 79. TEMERIDAD O MALA FE. **Se presume que ha existido temeridad o mala fe** en los siguientes casos: /1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. /2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes. /3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos. /4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas. /5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso./6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.

27 ARTÍCULO 80. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS PARTES. **Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes.** Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el

auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente. /A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes en el proceso o incidente. /Siendo varios los litigantes responsables de los perjuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente.

28 ARTÍCULO 81. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE APODERADOS Y PODERDANTES. **Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior, la de pagar las costas del proceso, incidente o recurso y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe.** /Copia de lo pertinente se remitirá a la autoridad que corresponda con el fin de que adelante la investigación disciplinaria al abogado por faltas a la ética profesional.

29 Artículo 3°. *Principios.* Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. **/Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.** / (...) 4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. (...).

30 Artículo 6°. *Deberes de las personas.* Correlativamente con los derechos que les asisten, las personas tienen, en las actuaciones ante las autoridades, los siguientes deberes: /(...) 2. **Obrar conforme al principio de buena fe,** absteniéndose de emplear maniobras dilatorias en las actuaciones, y de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos o hacer afirmaciones temerarias, entre otras conductas. /3. Ejercer con responsabilidad sus derechos, y en consecuencia abstenerse de reiterar solicitudes evidentemente improcedentes. (...).

31 Artículo 9°. *Prohibiciones.* A las autoridades les queda especialmente prohibido: /(...) 6. Reproducir actos suspendidos o anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando no hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión. (...) 8. Negarse a recibir los escritos de interposición y sustentación de recursos. /9. No dar traslado de los documentos recibidos a quien deba decidir, dentro del término legal. /10. Demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación. /11. Ejecutar un acto que no se

encuentre en firme. /12. Dilatar o entorpecer el cumplimiento de las decisiones en firme o de las providencias judiciales. /13. No hacer lo que legalmente corresponda para que se incluyan dentro de los presupuestos públicos apropiaciones suficientes para el cumplimiento de las sentencias que condenen a la administración. /14. No practicar oportunamente las pruebas decretadas o denegar sin justa causa las solicitadas. /15. Entorpecer la notificación de los actos y providencias que requieran esa formalidad. /16. Intimidar de alguna manera a quienes quieran acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el control de sus actos.

32 **ARTÍCULO 11.** El artículo [453](#) del Código Penal quedará así: "Artículo 453. Fraude procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años".

33 "ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de **la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas**".

34 Gaceta Constitucional 19, lunes 11 de marzo de 1991. Constituyentes ponentes del proyecto de artículo: Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Pág.4.

35 Ídem

36 Gaceta Constitucional 52, miércoles 17 de abril de 1991. Informe Ponencia Mecanismos de Participación Democrática, a cargo de los constituyentes Darío Mejía Agudelo, Jaime Arias López y Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Pág.8.

37 Gaceta Constitucional 77, lunes 20 de mayo de 1991. Informe Ponencia para primer debate en plenaria. Mecanismos de protección de los derechos fundamentales y del orden jurídico, a cargo de los constituyentes Jaime Arias López y Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Pág.7.

38 **ARTICULO 2o.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;

defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. /**Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.**

39 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-511_1992.html#C-511-92

40 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-1194-08.htm>

41 No aplican para los efectos de este escrito, por eso no se transcriben.

42 Transcrito en cita 37

43 C.E. SECCIÓN TERCERA SUB-SECCIÓN C. C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015). Radicación: 85001-23-31-000-2010-00178-01 (47671). Actor: Cruz Helena Taborda Taborda y otros. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional. Asunto: Acción de reparación directa: Sentencia, (Pág. 4). La víctima era una persona que padecía retardo mental severo y dificultades locomotrices, sin embargo, fue desaparecido y luego presentado por las fuerzas militares como dado de baja en combate.

44 Ídem, Pág. 6.

45 Ídem, Pág. 5

46 La demanda fue presentada el 23 de septiembre de 2010. Ídem Pág. 1

47 Ídem, Pág. 9

48 Ídem, Pág.13

49 Ídem, Pág. 86.

50 Consultada la página del Consejo de Estado Colombiano, Relatoría, consulta de jurisprudencia, sobre la cantidad de sentencias condenatorias contra el Estado por falsos positivos, a 30 de junio de 2023, arroja como resultado un número de 140.

BIBLIOGRAFIA

AMOROS, Celia, *Sartre crítico de Kant*, Revista de Filosofía, Nº. 35, 2005, 25-40

ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica- La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, Prisma Industria Gráfica S.A.

ARANGUEZ SANCHEZ, Tasia, *¿Es necesario un giro aretáico de la teoría de la argumentación jurídica?*, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 40, 2017, pp 337-354.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO,

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html#1

CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO,

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO DE LA VERDAD, LA CONVIVENCIA Y NO REPETICIÓN, Informe Final, 2022. <https://comisiondelaverdad.co/>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA,

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#83

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO

<https://www.consejodeestado.gov.co/relatoria>

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE COLOMBIA

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

GACETA CONSTITUCIONAL. República de Colombia, 1991

<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3720>

MORENO CLAROS, Luis F., *Schopenhauer El reconocimiento de lo irracional como la fuerza dominante del universo*, Aprender a Pensar, RBA Contenidos editoriales y audiovisuales S.A.U, 2015, España.

SANDEL, Michael, *La Tiranía del mérito ¿Qué ha sido del bien común? Debate*. Penguin Random House Grupo Editorial, Primera edición, septiembre 2020. Traducción Albino Santos Mosquera, Editorial Nomos SA, 2021.

SCHOPENHAUER, Arthur, *El arte de tener siempre la razón*, México, Santillana Ediciones, 2009, pp 145-183.

VIANA CLEVES, María José, *El Principio de Confianza Legítima en el derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

