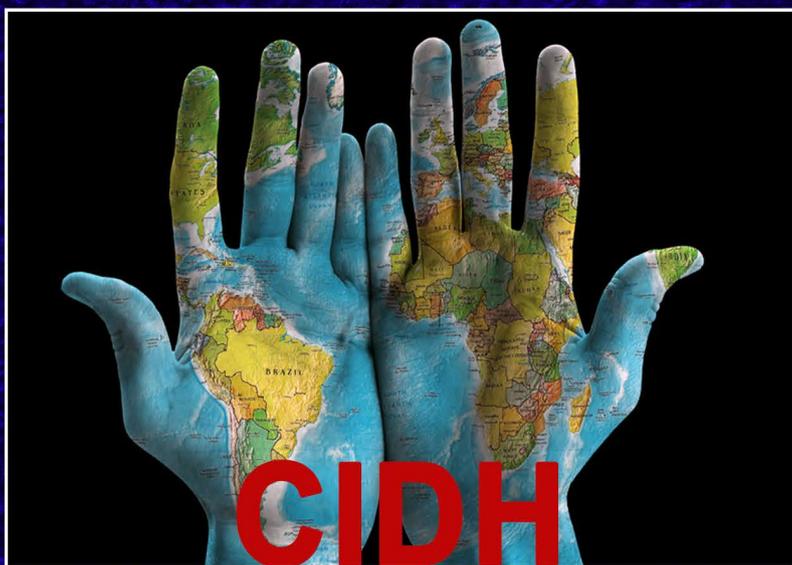


El control de convencionalidad: Una utopía en los procesos contra aforados y otros ensayos jurídicos



**Diego Alejandro
González González**



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

**El control de convencionalidad:
Una utopía en los procesos contra aforados**

El control de convencionalidad:
Una utopía en los procesos contra aforados
y otros ensayos jurídicos

DIEGO ALEJANDRO GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o un aparte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN edición electrónica: 978-958-8968-57-5
ISBN edición impresa: 978-958-8968-56-8

© DIEGO ALEJANDRO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, 2017
© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2017
Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusquillo, Bogotá, Colombia
PBX: (571) 703-6396, FAX (571) 323 2181
www.ilae.edu.co

Ilustración de portada: PIXELLEO. *Map of the world painted on hands, isolated on black*, Referencia de la foto 166491450.

Diseño de carátula, composición y edición electrónica:
Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Published in Colombia

*A mí amada esposa, por la complicidad, la lealtad,
el amor y el sacrificio de nuestro tiempo juntos,
por la comprensión y por tu entrega para que
nuestro hogar sea perfecto y nuestros hijos felices.*

*A mis amados hijos, Martin, Sarita,
María Camila y Elías, por hacer de mis días
y mi vida la experiencia más feliz y enriquecedora.*

*A mis amados padres, Elizabeth y Pedro,
gracias mamá por enseñarme del más puro
y sincero amor, acompañado de la disciplina y gracias
papá por heredarme tus mayores cualidades
como la pasión por el trabajo y el propósito de la vida.*

Al gran Creador, por hacer que todo sea posible.

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO	13
CAPÍTULO PRIMERO	
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEGUNDA INSTANCIA DE ALTOS DIGNATARIOS DEL ESTADO	17
I. A manera de introducción	17
II. Importancia del derecho a la doble instancia	20
III. El control de convencionalidad en Colombia: funcionarios públicos con fuero constitucional y legal	28
IV. El control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	40
V. Articulación entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico interno	49
Conclusiones	59
Bibliografía	60

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONSTITUCIÓN COMO CONTROL DEL PODER VS. EL PRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO	67
I. A manera de introducción	67
II. El control del poder: teoría de la separación de los poderes públicos	68
III. Fuerte presidencialismo y debilitamiento del Congreso	78
Conclusión	86
Bibliografía	87

CAPÍTULO TERCERO

EL ESTADO EN AMÉRICA LATINA COMO UN PROCESO SOCIAL EN CONSTRUCCIÓN	91
Conclusiones	102
Bibliografía	102

CAPÍTULO CUARTO

EL ESTADO SEGÚN THOMAS HOBBS: ANÁLISIS DE <i>EL LEVIATÁN</i>	105
Bibliografía	115

CAPÍTULO QUINTO

LA UTILIZACIÓN INNECESARIA DE LA FÓRMULA DE RADBRUCH	117
I. La fórmula de Radbruch y la validez del derecho	117
II. El problema del derecho insoportablemente injusto	128

A. Los tribunales de posguerra y el caso de los centinelas germano orientales del muro de Berlín	128
B. La fórmula de Radbruch en Argentina	137
III. Consideraciones finales	144
Bibliografía	146

CAPÍTULO SEXTO

EL PLEBISCITO Y LOS RIESGOS DEMOCRÁTICOS	151
Bibliografía	159

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA INFLUENCIA DE LOS FACTORES EXTRAJURÍDICOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES: JUECES DE JUSTICIA TRANSICIONAL	161
I. Importancia de los factores extrajurídicos en la interpretación y aplicación del derecho	161
II. El contexto de los jueces de justicia transicional en Colombia	171
Conclusiones	182
Bibliografía	183

CAPÍTULO OCTAVO

LA NEGACIÓN DE LA SALUD Y EL GÉRMEN DE LA VIOLENCIA. LA FRUSTRACIÓN DE LA NEGACIÓN DE LOS DERECHOS, A LA LUZ DE UNA PELÍCULA LATINOAMERICANA	187
I. Introducción	187

II. Argumento	188
III. La existencia humana	190
IV. Sistema de salud en Latinoamérica	196
V. Violencia y necesidad de una solución	200
VI. Comentario final	205
Bibliografía	206
EL AUTOR	209

PRÓLOGO

El derecho en Colombia y en Latinoamérica está en plena formación. Particularmente en nuestro país, después de la Constitución de 1991, hemos venido decantando lo que queremos de nuestras sociedades. El alcance de los derechos fundamentales y los tropiezos para lograr su efectiva aplicación.

En este camino nos encontramos con puntos de vista diversos y con frecuencia opuestos, pero que deben ser atendidos bajo el objetivo común de lograr un Estado de mayor bienestar para toda la población.

El punto de vista que nos plantea DIEGO ALEJANDRO GONZÁLEZ debe ser tenido en cuenta con miras a lograr este objetivo. Es una mirada que procura atender los diversos matices que puede tener el derecho en Latinoamérica, dando prevalencia a los derechos fundamentales.

Este libro que tengo el honor de presentar, escrito a manera de artículos de fácil lectura, inicia con un ensayo sobre el control convencional de los ordenamientos jurídicos internos.

El valor que tiene este primer documento es que el autor escribe como testigo de excepción, lo que le permite plantear una inquietud que considera que no ha sido resuelta de manera satisfactoria: ¿podían los constituyentes de 1991 establecer restricciones al derecho a la doble instancia, o debían sujetarse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

La Constitución colombiana estableció como derecho fundamental el principio de la doble instancia, pero explícitamente permitió que la ley pudiera establecer excepciones. El texto nos permite reflexionar sobre si es viable inaplicar la norma constitucional, modificando las jerarquías que comúnmente reconocemos en el ordenamiento jurídico, para dejar por encima de la Carta a los convenios internacionales. Si el principio de la doble instancia constituye o no un derecho fundamental para los funcionarios aforados.

En otro capítulo el autor hace un llamado de atención sobre el funcionamiento del sistema de pesos y contrapesos en Latinoamérica, en particular del debilitamiento del Poder Legislativo por parte del Ejecutivo.

Nos deja en evidencia las consecuencias de esta situación: en América Latina, en general, ha fortalecido las facultades legislativas de los presidentes y en Colombia ha favorecido la flexibilidad de nuestra Constitución.

Reflexiona sobre el origen de los Estados latinoamericanos, una historia que ha dificultado –en su sentir– la consolidación de la identidad nacional y el Estado social de derecho.

Hace una nueva lectura de THOMAS HOBBS y plantea su vigencia al desarrollar la idea actual de los Estados modernos que, al asociarse en entidades supranacionales, pueden generar un monstruo más poderoso que el Leviatán.

Analiza la fórmula de RADBRUCH y nos cuenta su aplicación en Alemania y Argentina. Las relaciones entre derecho y moral y la evolución del debate, para llevarnos a la conclusión que no se requiere acudir al derecho natural para resolver situaciones jurídicamente injustas, pues el derecho internacional ha permitido que los derechos humanos se incorporen a las Constituciones y sean el remedio contra las normas abusivas.

Debemos destacar el análisis particular sobre el resultado del plebiscito y su análisis de cómo se conformará la Justicia Especial para la Paz –JEP– en Colombia, del probable origen de sus miembros y, en consecuencia, de sus decisiones. En este momento ya sabemos quiénes la integran y podemos asegurar que acertó en los perfiles que allí llegarían.

Estos documentos son el resultado de una vida, de una historia particular, la de DIEGO ALEJANDRO GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Reflejan su preocupación sobre el derecho y sobre las tensiones en su aplicación. Su sensibilidad respecto del cumplimiento de derechos fundamentales esenciales como la salud y su esperanza de verificación real.

Por todo lo anterior, invito a iniciar esta lectura con la seguridad que allí podrán reflexionar y debatir so-

bre aquellos aspectos del derecho y de la sociedad y encontrarnos en el objetivo de una sociedad con mayores beneficios para todas las personas.

MILTON CHAVES GARCÍA
Consejero de Estado

CAPÍTULO PRIMERO

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEGUNDA INSTANCIA DE ALTOS DIGNATARIOS DEL ESTADO

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

La doble instancia implica la posibilidad del sujeto procesal condenado en juicio de acudir a un juez superior para que sea revisada y modificada la sentencia condenatoria respetando el principio de *no reformatio in pejus*. Es conocida como una garantía por cuanto hace parte del debido proceso y como un derecho, ya que supone que todas las personas en condiciones de igualdad tienen la facultad de ejercerlo. Ahora bien, para la Corte Constitucional colombiana el derecho a la doble instancia admite limitaciones, por esto los altos funcionarios del Estado con fuero no tienen el derecho a acudir a una segunda instancia. Lo anterior, basado en la idea de que al ser juzgados en única instancia por la Corte Suprema de Justicia, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, cuyos integrantes tienen amplios conocimientos en materia penal, gozan de suficientes garantías procesales.

De este modo, cuando los jueces realizan el control de convencionalidad la precedente afirmación contradice la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial el artículo 8.2 literal h que establece el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Es importante recordar que mediante el control de convencionalidad se busca que todos los jueces del Estado, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–, realicen una comparación entre las disposiciones de la Convención Americana y el resto del ordenamiento jurídico. Esto último incluye a la Constitución, lo cual conlleva a que cuando una disposición de la Constitución sea contraria a la Convención Americana, la disposición constitucional deba ser excluida del ordenamiento jurídico, afectando el principio de supremacía constitucional.

En los últimos años, la CIDH ha venido avanzando en el desarrollo de diversos instrumentos para la efectiva aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. Uno de ellos es el desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad.

Esta figura nace en la jurisprudencia contenciosa de la CIDH con el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* en la sentencia del 26 de septiembre del 2006¹. En el estudio de este proceso se aceptó el hecho de que “los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley”², razón por la cual están obligados a

1 Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf].

2 Numeral 124, *ibíd.*, p. 53.

aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, también se aclaró que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado también están sometidos a ella”³. Lo anterior, de acuerdo con la CIDH, quiere decir que los jueces se encuentran en la obligación de custodiar que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean reducidos por la aplicación de las leyes internas que les sean contrarias a su objeto y fin que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

La CIDH afirmó de manera expresa que

el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–⁴.

Con el Caso *Boyce y otros vs. Barbados*⁵, en sentencia de 20 de noviembre de 2007, la CIDH señaló con claridad cómo debe ser interpretado el control de convencionalidad en el ámbito interno.

De este pronunciamiento se derivan dos aspectos fundamentales de gran relevancia. El primero, que las obligaciones se deben cumplir de buena fe bajo la CADH y que no se podrá invocar por parte de los jue-

3 Ídem.

4 Ídem.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf].

ces la aplicación de las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de las obligaciones convencionales. El segundo, que los tribunales no pueden limitarse solo a realizar control de constitucionalidad de sus resoluciones, sino que también deben hacer un control de convencionalidad.

Tal como se observa, ha sido amplio el avance jurisprudencial de la CIDH en materia de control de convencionalidad. A los ya mencionados casos se pueden sumar los siguientes: Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006⁶; Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010⁷, y uno de los más emblemáticos, Caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, sentencia de 30 de enero de 2014⁸. En este último, se condenó al Estado de Surinam por el desconocimiento del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

II. IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

La garantía de la doble instancia está incorporada en el artículo 31 de la Constitución Política colombiana, a saber, “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

6 Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf].

7 Resumen oficial emitido por la Corte, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf].

8 Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf].

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”. Como consecuencia de lo anterior, la doble instancia se configura como una garantía constitucional contra la arbitrariedad de las sentencias judiciales. Por esta razón, el respeto a esta garantía constitucional permite el logro de los objetivos del Estado social de derecho.

Lógicamente, la doble instancia implica

... una jerarquía administrativa. Ello equivale a decir “división funcional de la jurisdicción” como garantía de mejor justicia, garantía que se trata de asegurar mediante la fiscalización de la sentencia recurrida⁹.

Dentro del procedimiento jurídico, esta garantía se concreta a través de la posibilidad que tienen las partes de interponer recurso de apelación cuando estén inconformes con la decisión judicial adoptada por el juez en primera instancia.

LUIGI FERRAJOLI señala que

El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta del doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían

9 JOSÉ V. ACOSTA. *Procedimiento civil y comercial en segunda instancia*, t. I, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1973, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1420/5.pdf>].

privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio¹⁰.

Como consecuencia de lo anterior, FERRAJOLI resalta la importancia de la doble instancia como una garantía del principio de legalidad y contra la arbitrariedad del juez, lo cual supone que la aplicación formalista de la ley –es decir, la sujeción textual del juez a la ley– puede conllevar a decisiones injustas. Por esta razón, resulta trascendental la garantía de la doble instancia para las partes de un proceso con el objetivo de garantizar un juicio justo.

Ahora bien, podría pensarse que en materia de responsabilidad penal la garantía de doble instancia es aún más importante, por cuanto las sanciones penales son más graves porque implican restricciones al derecho de libertad de locomoción de las personas. En consecuencia, los reconocidos especialistas en derecho penal colombiano, JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT señalan en relación con la constitucionalización de las garantías del proceso penal que

La elevación a canon constitucional de las garantías procesales penales genera consecuencias de gran importancia para las partes involucradas en la investigación y sanción del delito. Esta circunstancia altera de manera radical la interpretación de las disposiciones

10 LUIGI FERRAJOLI. “Los valores de la doble instancia y de la nomofilia”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1996, p. 3.

y los mecanismos de protección que tienen tanto el procesado como las víctimas de los hechos punibles¹¹.

Resulta pertinente resaltar, que en nuestra Constitución Política la doble instancia está establecida dentro del apartado de derechos fundamentales, lo cual supone que todas las personas residentes en el territorio colombiano gozan del mencionado derecho. Sin embargo, para la Corte Constitucional colombiana la doble instancia tiene una triple identidad: es un derecho, un principio y una garantía constitucional. Como derecho, señala que

No queda ninguna duda de su condición de derecho, pues, cuando el ordenamiento jurídico le confiere a una persona la potestad o prerrogativa de hacer uso de un recurso contra una providencia judicial, ante el superior jerárquico que la profirió; este sujeto está en la posibilidad de hacer efectivo dicho poder¹².

En otras palabras, la doble instancia se configura como derecho por cuanto la Constitución faculta a que el individuo interponga un recurso contra las providencias judiciales y, a su vez, supone el deber del juez de actuar frente al mencionado recurso.

11 JAIME BERNAL CUÉLLAR y LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal: Fundamentos constitucionales y teoría general*, t. 1, 6.ª ed., Bogotá, Externado, 2013, p. 55.

12 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 de 26 de junio de 2015, M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-388-15.htm>].

En cuando a su carácter como principio, la Corte Constitucional considera que

... cabría apuntar que la doble instancia tiene la virtud de irradiar el ordenamiento jurídico, de tal modo que la lectura de los preceptos que hacen parte del mismo, no debe desconocer el peso que esta tiene en el entendimiento y aplicación del derecho¹³.

Lo cual supone que la interpretación del ordenamiento jurídico colombiano debe realizarse conforme a este principio constitucional.

Por último, como garantía constitucional

... mientras la impugnación es un derecho subjetivo de rango y jerarquía constitucional en cabeza de las personas condenadas en un juicio penal, la doble instancia constituye una garantía que hace parte del debido proceso, y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales...¹⁴.

Luego, el reconocimiento de la doble instancia es una garantía que forma parte del derecho al debido proceso, por lo cual, permite proteger bienes jurídicos como el acceso a la administración de justicia, la confianza y la credibilidad en la misma¹⁵.

Es importante aclarar que el objetivo del presente trabajo no es controvertir la triple identidad de la do-

13 Ídem.

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-792 de 29 de octubre de 2014, M. P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-792-14.htm>].

15 Sentencia T-388 de 2015, cit.

ble instancia como derecho, principio y garantía constitucional atribuida por la Corte Constitucional. Por el contrario, consideramos que el despliegue argumentativo que la Corte realiza en este tema demuestra la importancia trascendental de la doble instancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Su naturaleza trídica refuerza su relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano, así como su pretensión de eficacia.

Nótese pues que, desde la óptica de las partes en un proceso penal, la doble instancia se constituye en un derecho de carácter fundamental, pues permite que los presupuestos facticos y jurídicos del caso sean conocidos por un juez distinto con el objetivo de variar la responsabilidad dentro del proceso penal. Por esta razón, es que la doble instancia se encuentra establecida en tratados internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley¹⁶.

De igual forma, el artículo 2.º del protocolo 7.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH– establece que

16 Artículo 14.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>].

1.º Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ejercerse, ha de estar regulado por la ley¹⁷.

Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 8.º literal h “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”¹⁸.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho a la doble instancia se configura como un derecho humano reconocido en varios tratados internacionales sobre derechos humanos. Particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 fue aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 16 de 1972, luego sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento porque hacen parte del ordenamiento jurídico interno.

Así las cosas, por regla general, para la Corte Constitucional el derecho a la doble instancia es un derecho fundamental. Sin embargo, cuando se trata de el juzgamiento de altos funcionarios del Estado con fuero constitucional existe una excepción a esta regla

17 Artículo 2.º del protocolo 7.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en [http://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf].

18 Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32), 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

constitucional, consagrada en el artículo. Por esto, la Corte Constitucional señala que

... Ante la inexistencia del derecho a una segunda instancia para quienes por su calidad de aforados, están sujetos a procesos de única instancia, por sustracción de materia, no se puede predicar la condición de fundamental de aquello que no existe¹⁹.

En efecto, de acuerdo al artículo 235 de la Constitución Nacional, los altos funcionarios del Estado con fuero constitucional y legal son juzgados penalmente por la Corte Suprema de Justicia, en única instancia. Para la Corte Constitucional el derecho a la doble instancia de los funcionarios aforados no es un derecho fundamental, por cuanto su condición de aforados los provee de otras garantías.

Entre ellas se pueden destacar la celeridad de la averiguación, el juzgamiento por el órgano ubicado en la cúspide de la respectiva estructura y la reducción de la posibilidad de interferencias y presiones indebidas en el proceso...²⁰.

Ahora bien, la garantía y/o derecho a la doble instancia pretende asegurar el respeto al principio de legalidad y reducir la arbitrariedad judicial, de ahí que este derecho sea extensivo a todas las personas que tengan una sentencia condenatoria. Sin embargo, el argumento de la Corte Constitucional de limitar el derecho a la doble instancia de los altos funcionarios del

19 Sentencia T-388 de 2015, cit.

20 Ídem.

Estado por cuanto son juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, puede resultar en una contradicción constitucional. En otras palabras, por un lado se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos –que hace parte del bloque de constitucionalidad–, que establece el derecho a la doble instancia sin ningún tipo de restricción. Mientras que el artículo 235 de la Constitución Nacional y la argumentación de la Corte Constitucional implican que los altos funcionarios son juzgados en única instancia y que dicha restricción no es inconstitucional. Por esta razón, resulta importante analizar el alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior, conduce a un análisis del control de convencionalidad y sus implicaciones en un debate como este.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA: FUNCIONARIOS PÚBLICOS CON FUERO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

En Colombia, se reconoció por parte del Consejo de Estado la importancia del control oficioso de convencionalidad. Esta corporación señaló que el control de convencionalidad implica el deber de todo juez nacional de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la CIDH²¹.

21 Consejo de Estado. Sentencia de 3 de diciembre de 2014, C. P.: JAIME

De manera incomprensible, en el país los jueces se han negado a dar aplicación a la excepción de inconvencionalidad en los procesos judiciales de única instancia que se adelantan en contra de los aforados, argumentando el deber de dar aplicación al derecho interno y la supremacía y prevalencia de la Constitución Política.

Frente a lo anterior, es importante reflexionar sobre lo expresado por diferentes tratadistas, en el sentido de que el control de convencionalidad no es un fin, sino un medio o instrumento para “preservar la supremacía de las normas de fuente internacional de las que es parte cada Estado miembro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”²².

De igual forma, merece especial atención por parte del Estado colombiano el hecho de desconocer la garantía fundamental de la doble instancia en los procesos judiciales contra los aforados, en una época en la que cobra cada vez más importancia la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional, en virtud de la cual la idea de la prevalencia de los instrumentos convencionales de derechos humanos se ha constituido en el abecé del constitucionalismo²³.

ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, disponible en [<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/73001233100020030173601.pdf>].

- 22 MARIO A. R. MIDÓN. *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 83.
- 23 SUSANA ALBANESE. “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en SUSANA ALBANESE (coord.). *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

Así las cosas, es evidente que para el caso de los aforados, el Estado sigue desconociendo los acuerdos, tratados y convenciones internacionales ratificados y vigentes con otros países y que contemplan la garantía fundamental de la doble instancia, así como también resulta evidente que el poder judicial se ha negado a dar aplicabilidad al control de convencionalidad, pese a las grandes conquistas en materia de derechos humanos que por vía jurisprudencial ha reconocido la CIDH.

Frente a esta situación, solo resta esperar el trámite del proyecto de acto legislativo que tiene como propósito regular la doble instancia para los aforados. De acuerdo con lo señalado, cuenta con el aval e iniciativa de las tres ramas del Poder Público, y sería la solución para la reivindicación de este derecho fundamental y para el cumplimiento de los compromisos internacionales.

Sin embargo, debemos recordar que esta iniciativa es el tercer intento por regular un tema tan importante, toda vez que desde 2014 se han presentado dos proyectos de iniciativa de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio de Justicia, pero ambos fueron archivados sin una razón de peso. A la fecha, persiste el vacío legislativo y el control de convencionalidad por parte de los jueces en los procesos judiciales contra los aforados sigue siendo una utopía.

El control de convencionalidad

... es una concordancia que realizan los jueces de las normas de derecho interno vigentes de cada país suscritos a la Convención Americana de Derechos Humanos y el mismo instrumento supranacional²⁴.

24 ARIADNA ELIZABETH JARA. "Control de Convencionalidad en Argen-

En otras palabras, es el examen jurídico que se realiza entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la interpretación que hace la Corte Interamericana de la misma y el ordenamiento jurídico interno del Estado²⁵. Como consecuencia de lo anterior, la norma constitucional contraria a la Convención debe ser inaplicada²⁶. Esto último supone una vulneración al principio de soberanía constitucional, pues coloca a la Convención Americana en un rango superior a la Constitución Nacional.

El mencionado control de convencionalidad es realizado en dos niveles

... en el sistema interamericano, en cabeza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en las jurisdicciones de los Estados que forman parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos los jueces tienen la facultad de realizar dicho control y más si se tiene un poder jurisdiccional difuso²⁷.

Es importante resaltar que en Colombia no se realiza un control de convencionalidad, pues supone un cambio en la jerarquía del ordenamiento jurídico in-

tina”, en *Nuestra Joven Revista Jurídica*, vol. 1, n.º 1, Universidad Nacional de Córdoba, disponible en: [<http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/derecho-publico/control-de-convencionalidad-en-argentina/view>].

25 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Control de convencionalidad*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 7, Copenhague, Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>], p. 4.

26 MIDÓN. *Control de convencionalidad*, cit., pp. 85 a 86.

27 JARA. “Control de convencionalidad en Argentina”, cit., p. 6.

terno, es decir, la realización del control de convencionalidad implica ubicar a la Convención Americana de Derechos Humanos por encima de las disposiciones constitucionales, vulnerando el principio de soberanía constitucional.

El control de convencionalidad es consecuencia del fenómeno de la constitucionalización del derecho internacional, el cual presume que el orden jurídico constitucional integre al derecho internacional, por esta razón los tratados internacionales entran a hacer parte del bloque de constitucionalidad. En este sentido, se realiza un control de constitucionalidad a nivel interno y un control de convencionalidad a nivel interamericano²⁸. Ahora bien, es importante destacar que de acuerdo al artículo 93 de la Constitución Política

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Como consecuencia, la Corte ha adoptado la tesis del bloque de constitucionalidad para incorporar los

28 ANGIE KATHERINE GARCÍA ATEHORTÚA y LAURA SOFÍA RAMÍREZ RIVERO. “La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia”, *Universitas Estudiantes*, n.º 11, enero-diciembre 2014, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, disponible en [<http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/4+LA+SUPREMACIA+CONSTITUCIONAL.pdf/a1af0b90-148a-4fb5-ac18-4eb6888ecce7>], p. 92.

mencionados tratados al ordenamiento jurídico interno.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, el bloque de constitucionalidad está conformado por

... normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*²⁹.

Luego, la Convención Americana de Derechos Humanos entró a hacer parte del ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 30 de diciembre de 1972³⁰ y por su contenido hace parte del bloque de constitucionalidad, es decir, que sus disposiciones se encuentran al mismo nivel jerárquico que la Constitución.

Lo anterior, coloca de entrada un problema fundamental y es la contradicción entre el control de con-

29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067 de 4 de febrero de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>].

30 *Diario Oficial*, n.º 33.780, de 5 de febrero de 1973, disponible en [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0016_1972.htm].

vencionalidad y el control de constitucionalidad. Teniendo en cuenta que el primero supone

la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen la violación de garantías previstas en la Convención, y la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de esas garantías³¹.

No podría afirmarse la supremacía de la Constitución Política. Esto último, en razón a que en caso de contradicción entre la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución, deben prevalecer las disposiciones de la Convención. Así por ejemplo, en casos como *La última tentación de Cristo vs. Chile*³², *Caesar vs. Trinidad y Tobago*³³ o *Boyce y otros vs. Barbados*³⁴, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó reformas constitucionales con el objetivo de adaptar la legislación interna a los estándares de la Convención³⁵.

31 Ver cita en GARCÍA ATEHORTÚA y RAMÍREZ RIVERO. “La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia”, cit., p. 96.

32 (Caso Olmedo Bustos y otros) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 5 de febrero de 2001, disponible en [<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showDocument.asp?DocumentID=10>].

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 11 de marzo de 2005, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.pdf].

34 Ver *supra*, nota n.º 5.

35 GARCÍA ATEHORTÚA y RAMÍREZ RIVERO. “La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia”, cit., p. 97.

Como es comprensible, la Corte Constitucional colombiana hace una interpretación protoconstitucional, en consecuencia

... cuando se trate de la incompatibilidad entre normas que pertenezcan al bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional mantendrá su ya reconocida defensa por la interpretación del bloque de constitucionalidad conforme a la Constitución, aplicando preferentemente el principio de supremacía constitucional, lo que implica realizar una apreciación pro-Constitución y no pro-persona, porque no se podrá invocar directamente la Convención Americana...³⁶.

Por esta razón, la Corte ha llegado a afirmar que

la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado...³⁷.

Ahora bien, el artículo 2.º de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que

... los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

36 *Ibíd.*, p. 98.

37 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-941 de 24 de noviembre de 2010, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-941-10.htm>].

De igual forma, el artículo 8.º sobre garantías judiciales establece en el literal h el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Luego, le corresponde a Colombia, como Estado que ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, hacer efectivo el mencionado derecho.

Sin embargo, es importante resaltar que la Convención Americana de Derechos Humanos entró en vigor dentro del territorio nacional mediante la Ley 16 de 1972 citada, mientras que la Constitución Política colombiana comenzó a regir a partir de 1991. Es decir que hasta 1991 entraron en vigencia las disposiciones constitucionales establecidas en el artículo 235 numerales 2, 3 y 4 sobre la facultad de la Corte Suprema de Justicia para juzgar en única instancia a los altos funcionarios del Estado, a saber: Presidente de la República, Vicepresidente de la República, ministros del despacho, al Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, agentes del Ministerio Público, directores de los departamentos administrativos, Contralor General de la República, embajadores y jefes de misión diplomática o consular, gobernadores, magistrados de tribunales y generales, almirantes de la fuerza pública y congresistas de la República. Por lo cual, podría pensarse que las mencionadas disposiciones constitucionales debieron ser elaboradas conforme a la Convención Americana, la cual había entrado en vigencia desde 1972.

Como es evidente, existe una confrontación entre el artículo 8.º literal h de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 235 numerales 2, 3 y 4 de la Constitución Política de Colombia. Lo anterior

conlleva a un incumplimiento del artículo 2.º de la Convención Americana que establece la obligación de los Estados parte de hacer efectivos los mencionados derechos y libertades establecidos en la Convención. Sumado a lo anterior,

... la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados reconoce en el artículo 26 el principio de *pacta sunt servanda*, que obliga al respeto y cumplimiento de lo acordado en los tratados internacionales, por lo que las partes de un tratado no pueden invocar su derecho interno, incluso el constitucional, para incumplir sus obligaciones internacionales³⁸.

Esto último implica el incumplimiento de la Convención Americana por parte del Estado colombiano.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de los altos funcionarios del Estado colombiano para controvertir la sentencia condenatoria, es decir, el derecho a la segunda instancia, la Corte ha resaltado que

... la interpretación del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8.2 del Pacto de San José que han efectuado los órganos internacionales competentes, resulta armónica con la interpretación que se ha hecho de los artículos 29 y 31 de la Carta Política, en materia de juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, en la medida en que de dichos pronunciamientos no se deriva una regla según la cual en los juzgamientos de altos funcionarios con fuero penal ante el órgano de cierre de la jurisdicción penal, deba establecerse una

38 MIDÓN. *Control de convencionalidad*, cit., p. 90.

segunda instancia semejante a la que existe para otros juicios penales³⁹.

Seguidamente, señala la Corte que

... cada Estado goza de un amplio margen para configurar los procedimientos y para diseñar los mecanismos eficaces de protección de los derechos, sin que esté ordenado, según la jurisprudencia vigente, que en los casos de altos funcionarios aforados se prevea siempre la segunda instancia⁴⁰.

Como consecuencia de lo anterior, para la Corte Constitucional no existe una vulneración al derecho a la doble instancia que establece la Convención Americana, por cuanto los Estados parte tienen autonomía para desarrollar la efectividad de los mencionados derechos. Precisamente, mediante la garantía del fuero constitucional atribuido a los miembros del Congreso y al Presidente de la República y demás funcionarios, así como el fuero legal otorgado a funcionarios públicos como el Vice Procurador, Vice Fiscal, Director Nacional de Fiscalía, entre otros, se garantiza un juicio justo acorde con el debido proceso.

En otros términos, para la Corte

... la garantía del debido proceso, visto de manera integral, reside en el fuero mismo puesto que en virtud del fuero

39 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-934 de 15 de noviembre de 2006, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-934-06.htm>].

40 Ídem.

su juzgamiento ha sido atribuido por la Constitución, o por el legislador autorizado por ella, al órgano de cierre de la justicia penal de conformidad con las normas que desarrollan los derechos, el cual es un órgano plural integrado por abogados...⁴¹.

El fuero de que gozan los altos funcionarios del Estado les permite gozar de una serie de prerrogativas que compensan la necesidad de la doble instancia.

En definitiva, desde los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional, ésta considera que cuando la Corte Suprema de justicia juzga en única instancia

... el sindicato tiene a su favor dos ventajas: la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia⁴².

Lo anterior invita a cuestionar si las capacidades profesionales de los magistrados que conforman la Corte Suprema de Justicia constituye un argumento suficiente para considerar salvaguardado el derecho al debido proceso de los funcionarios aforados.

Con todo y lo anterior, puede adelantarse una conclusión fundamental: en Colombia la realización del control de convencionalidad en sede interna es deficiente, sino inexistente. Esto último, por cuanto debi-

41 Ídem.

42 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-142 de 20 de abril de 1993, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-142-93.htm>].

do a que los tratados internacionales –entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos– no son aplicados en forma directa como parámetros de control de constitucionalidad, sino que estos son entendidos como parte de la Constitución y deben ser interpretados conforme al resto de la Constitución.

IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como pudo observarse en los anteriores párrafos, el control de convencionalidad debe ser ejercido en dos niveles: en primer lugar, por toda autoridad pública al interior del Estado. De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos, en el caso *Gelman vs. Uruguay*⁴³,

Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin...⁴⁴.

De ahí la importancia del acatamiento de la Convención Americana por parte de las autoridades judiciales, en especial, de los jueces nacionales.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2011, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf].

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Control de convencionalidad”, cit., p. 9.

En segundo lugar, el control de convencionalidad es adelantado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues cuando existe un incumplimiento del artículo 2.º de la Convención Americana por parte de uno de los Estados, le corresponde adelantar el control de convencionalidad sobre normas del ordenamiento jurídico interno contrarias a la Convención o por la expedición de normas por parte del Legislativo que conlleven una vulneración a la Convención⁴⁵. La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969, está conformada por siete jueces pertenecientes a los Estados miembros elegidos en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos –OEA– mediante la votación de los Estados sobre una lista de candidatos propuestos por los mismos Estados⁴⁶.

En este sentido, La Corte Interamericana es un órgano judicial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y dada su importancia, tiene una facultad consultiva y una facultad contenciosa. La primera, consiste en que

45 MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ. “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 12, julio-diciembre 2009, disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>], p. 167.

46 MARCOS AGUSTÍN VILLANUEVA. “El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales”, en *Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados “Democracia y Derechos”*, 31 de mayo y 1.º de junio de 2012, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, p. 3.

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia...⁴⁷.

De igual forma, tiene una competencia contenciosa mediante la cual

... algún Estado o la Comisión deciden someterle un caso sobre violación de un derecho o libertad protegidos en la CADH⁴⁸.

Es precisamente mediante esta última competencia que la Corte tiene la facultad de ordenar a un Estado parte la adecuación del ordenamiento jurídico interno o de una práctica a los estándares de la Convención Americana.

No obstante, teniendo en cuenta que

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica [...] siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ya sea por declaración especial o bien por convención especial⁴⁹.

Le corresponde fijar la interpretación y el alcance de toda la normatividad, a saber, convenciones, tra-

47 *Ibíd.*, p. 4.

48 *Ídem.*

49 *Ibíd.*, p. 5.

tados, protocolos y actos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵⁰.

Así las cosas, resulta interesante indagar la apreciación de la Corte Interamericana sobre el “derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”⁵¹, es decir, sobre el derecho a la doble instancia. Como señala SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, abogado y político mexicano que se desempeñó como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la jurisprudencia de la Corte se desprende una reiterada referencia a los artículos 8.º y 25 de la Convención Americana, el primero hace referencia a las garantías judiciales y el segundo a la protección judicial. Lo cual señala la importancia de ambas disposiciones dentro de la interpretación y aplicación de la Convención, así como las reiteradas violaciones a los mencionados derechos.

Como consecuencia de lo anterior, para GARCÍA RAMÍREZ, no existe una identidad entre los mencionados derechos, pero sí una relación de complementariedad. En consecuencia, el artículo 8.º, inciso h, de la Convención es interpretado por la Corte Interamericana conforme al principio *pro homine* o pro persona, mientras que en forma paralela el artículo 25 de la Convención implica la existencia de medios adecuados y eficaces para la protección derechos fundamentales⁵².

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, cit., ver supra nota n.º 6.

51 Artículo 8.º, literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

52 SERGIO GARCÍA RAMÍREZ y ERÉNDIRA NOHEMÍ RAMOS VÁZQUEZ. “Ga-

Ahora bien, las normas internacionales deben interpretarse conforme a los principios de derecho internacional. Luego, como señala GARCÍA RAMÍREZ, el artículo 8.º de la Convención es interpretado conforme al principio *pro homine*, es decir, que el intérprete debe escoger la interpretación más garantista y extensiva de los derechos de la persona⁵³ Luego, es evidente que para la Corte Interamericana el debido proceso implica la garantía a mecanismos eficaces para la protección de derechos fundamentales establecidos en el artículo 25 de la Convención Americana, pero también la posibilidad de todas las personas en condición de igualdad de ejercer su derecho de recurrir a un juez superior para controvertir la sentencia judicial de primera instancia.

La importancia del derecho a recurrir el fallo ante una instancia judicial superior es de tal grado, que la Corte ha hecho extensiva esta garantía judicial a otros procesos distintos a los desarrollados en el área penal. En este sentido, GARCÍA RAMÍREZ resalta que para la Corte Interamericana

La lógica que sustenta la impugnabilidad de un fallo en materia penal – independientemente del tema específico de ésta: gravedad del delito o culpabilidad del agente– milita por esa misma impugnabilidad en otros enjuiciamientos. Lo que se pretende es corregir, rectificar,

rantías judiciales, doble instancia y amparo de derechos fundamentales (artículos 8.2h y 25 de la CADH), en *La protección de los derechos humanos a través del debido proceso*, México D. F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/VIII.pdf>], pp. 341 a 342.

53 *Ibíd.*, pp. 354 a 356.

reencauzar, redefinir una decisión inadecuada, como es propio de un recurso⁵⁴.

Como se señaló antes, el artículo 8.º, literal h y el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son mencionados con amplitud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Puntualmente, sobre el derecho a la doble instancia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha resaltado en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*⁵⁵, que

busca proteger el derecho de defensa otorgado durante el proceso y la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede en firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

De igual forma, la Corte Interamericana, señala que el derecho establecido en el artículo 8.2 literal h implica que todas las personas en condición de igualdad deben poder acudir ante un juez superior para controvertir una decisión judicial⁵⁶.

En el mismo caso, la Corte resaltó que el derecho establecido en el artículo 8.2 literal h de la Convención Americana no se agota en la división jerarquizada del poder judicial, sino que es necesario garantizar la idoneidad del juez superior que va a revisar la sentencia

54 *Ibíd.*, p. 349.

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf].

56 *Ibíd.*, párrafo 157.

en la segunda instancia. En palabras de la Corte Interamericana

... el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto⁵⁷.

En este sentido, respecto a la competencia del juez,

... la noción de competencia, consagrada en el artículo 8.º de la Convención, ha sido asimilada al concepto de *juez natural*, que exige no solo el establecimiento del tribunal por ley previa sino también que se respeten determinados principios de atribución de la competencia⁵⁸.

Teniendo en cuenta que el objetivo que persigue la persona al acudir a una segunda instancia es que el fallo sea revisado y corregido, la Corte Interamericana resalta la importancia de no agravar la situación del condenado. En este sentido, señala

Así, el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, se ve necesariamente complementado por

57 *Ibíd.*, párrafo 159.

58 FEDERICO G. THEA. "Artículo 8.º Garantías judiciales", en CRISTIAN ADÉN *et ál.* *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, disponible en [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>], p. 141.

el principio de la *reformatio in pejus*, según el cual está prohibida la modificación del fallo en perjuicio del acusado...⁵⁹.

Ahora bien, con todo y lo anterior, es evidente que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la vulneración de los derechos establecidos en el artículo 8.º de la Convención Americana, implican de manera necesaria una afectación al debido proceso. En consecuencia,

Para poder afirmar que un *proceso*, regulado por la *ley*, satisface plenamente la garantía del debido proceso legal, tiene que cumplir el requisito indispensable de otorgarle al individuo la oportunidad suficiente de participar con utilidad en dicho proceso⁶⁰.

Luego, mediante el derecho de acudir a una segunda instancia o a recurrir el fallo, la persona materializa su participación en el proceso, pues tiene la oportunidad de acudir a un juez distinto de quien profirió el fallo para solicitar la revisión y cambio del mismo.

En relación con el juzgamiento de altos funcionarios del Estado, la Corte Interamericana hace una interpretación favorable del derecho a recurrir el fallo en segunda instancia. En este sentido, en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*⁶¹, la Corte Interamericana

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, cit., p. 160.

60 *Ibíd.*, p. 130.

61 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf], p. 2.

estudio la demanda presentada por el señor Óscar Enrique BARRETO LEIVA, quien ejercía el cargo de Director General Sectorial de Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República y fue condenado a un año y dos meses de prisión por delitos contra el patrimonio público, como consecuencia de su gestión en 1989. Sobre este caso, la Comisión consideró que la presunta víctima no tenía fuero especial, por lo cual, al haber sido juzgado en única instancia por la Corte Suprema de Justicia se configuró una violación al derecho de ser juzgado por el tribunal competente y al derecho a recurrir la sentencia. Ahora bien, a pesar de que en el mencionado caso el señor BARRETO LEIVA no contaba con fuero especial, la Corte Interamericana reconoce que

El Estado debe, dentro de un plazo razonable y conforme a los párrafos 133 y 134 de esta Sentencia, adecuar su ordenamiento jurídico interno, de tal forma que garantice el derecho a recurrir de los fallos condenatorios, conforme al artículo 8.2.h de la Convención, a toda persona juzgada por un ilícito penal, inclusive a aquéllas que gocen de fuero especial⁶².

Respecto a la vulneración del derecho a recurrir la sentencia, la Corte Interamericana expresó que

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede

62 *Ibíd.*, p. 34.

establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (*supra* párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio⁶³.

Nótese pues que la Corte Interamericana es bastante garantista al momento de interpretar el artículo 8.2 literal h que establece el derecho a recurrir el fallo, por lo cual, el establecimiento dentro del ordenamiento jurídico del Estado de procedimientos judiciales adelantados en única instancia en contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

V. ARTICULACIÓN ENTRE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

Como se explicó en los anteriores párrafos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es de obligatorio cumplimiento para los Estados parte de la misma. Es decir

... esta Convención es fundacional, a más de los derechos y deberes enumerados, de órganos con competencia específica de aplicación jurídica y administrativa de su contenido con vinculación directa de los Estados miembros, lo que sin lugar a dudas, diferencia, en el plano institucional, a este instrumento de los demás con idéntico objeto de regulación jurídica⁶⁴.

63 *Ibíd.*, párrafo 90.

64 JARA. "Control de convencionalidad en Argentina", cit., pp. 2 y 3.

Entonces, los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su carácter de órgano consultivo y jurisdiccional, son de obligatorio cumplimiento para los Estados que hayan suscrito la Convención Americana.

En otras palabras,

... los vinculantes efectos que tienen para los jueces del derecho interno las opiniones de los dos órganos interamericanos del Pacto de San José, pues si los Estados se reservan el derecho a interpretar las recomendaciones de la Comisión, para aplicarlas en el ámbito doméstico según las circunstancias de cada caso concreto, estarían desvirtuando el sistema internacional de derechos humanos...⁶⁵.

Esto último, contradice el principio de buena fe que sustenta las relaciones internacionales en el sistema internacional de derechos humanos⁶⁶.

A hora bien, a nivel interno, por lo general los Estados tienen cortes en distintos niveles jerárquicos, y la más alta de ellas supone ser el órgano de cierre jurisdiccional en la materia respectiva. La Constitución Política de Colombia establece en el artículo 241, “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...”⁶⁷, por

65 JUAN CARLOS HITTERS. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, julio-diciembre 2008, disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/mxrcele/r25295.pdf>], p. 140.

66 Ídem.

67 Disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

lo cual la Corte Constitucional es considerada como el órgano supremo de la jurisdicción constitucional. Luego, le corresponde decidir sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales que el Gobierno suscriba⁶⁸. Una vez declarados conformes a la Constitución Nacional, estos tratados entran a hacer parte del bloque de constitucionalidad, según lo establecido en el artículo 93 de la Constitución.

Como consecuencia de esto último, a la Corte Constitucional le corresponde adelantar el control de constitucionalidad a partir del cual pretende hacer preservar la supremacía de la Constitución, de tal forma que la ley ordinaria debe ser conforme con las disposiciones de orden constitucional. Del mismo modo, a la Corte le concierne mediante el control de constitucionalidad determinar el sentido y el alcance de las normas constitucionales, es decir, señalar cómo debe interpretarse la disposición puesta a consideración⁶⁹. El control de constitucionalidad supone la supremacía de la Constitución como norma superior que otorga validez a todo el ordenamiento jurídico, por lo cual los tratados internacionales sobre derechos humanos –al hacer parte del bloque de constitucionalidad– son parte de la Constitución y contribuyen en el control de constitucionalidad.

68 *Ibíd.*, artículo 241, numeral 10.

69 EDUARDO CERRA NOLASCO. “El control de constitucionalidad. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional”, *Revista de Derecho*, n.º 16, 2001, Universidad del Norte, pp. 167 y 169, disponible en [http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/16-2/9_El_control_de_constitucionalidad.pdf].

Esto último va en contra del control de convencionalidad, el cual supone

... aplicar un control de convencionalidad no solamente sobre la legislación, como actualmente lo hace de manera parcial, a través del control de constitucionalidad y el referente del bloque de constitucionalidad, sino que debería aplicarse un control de convencionalidad sobre la misma Carta Política, de modo que si una norma de la Constitución formalmente concebida es inconventional, no se podrá sobreponer el principio de supremacía constitucional...⁷⁰.

Esto último supone un problema enorme en términos constitucionales, pues implica reconocer la pérdida de soberanía de la norma fundamental del ordenamiento jurídico.

Los atributos de la soberanía propuestos por JEAN BODIN, a saber,

El poder soberano es perpetuo, en el sentido de que no está sujeto a límites temporales [...] Además, ese poder es absoluto, esto es, ilimitado [...] la voluntad soberana es omnipotente y, por consiguiente, todo lo puede hacer [...] tal poder es único e indivisible, dimanando de ese único centro las distintas autoridades de Estado. Asimismo, es inalienable, ya que es algo más que el titular o sujeto concreto que lo detenta en un momento determinado...⁷¹.

70 GARCÍA ATEHORTÚA y RAMÍREZ RIVERO. "La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia", cit., p. 96.

71 NOEMÍ GARCÍA GESTOSO. "Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a *Los seis libros de la República* de J. Bodino", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 120, 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/75526>].

En otras palabras, para BODIN la soberanía es perpetua, ilimitada, indivisible e inalienable. A partir de este concepto de soberanía es imposible afirmar conjuntamente la soberanía de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en este caso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, como señala PABLO LUIS MANILI

... se infiere que estamos en presencia de dos sistemas normativos que presuponen su primacía respecto del otro. Una posible solución dualista, ya analizada, que sostiene que son sistemas separados y que, cada uno en su ámbito, es supremo, pero esa postura no se condice con la realidad actual del derecho internacional y menos aún con el derecho de los derechos humanos⁷².

En efecto, la Corte Interamericana ha proferido sentencias en donde ordena al Estado sacar del ordenamiento jurídico interno una norma que se considera contraria a la Convención Americana. Así por ejemplo, en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*⁷³, la Corte Interamericana consideró que a los jueces y órganos de la administración de justicia les correspondía realizar un control de convencionalidad y en tal sentido, la Corte resalta que de conformidad con los artículos 2.º

72 PABLO LUIS MANILI. *El bloque de constitucionalidad. La aplicación de las normas internacionales en el ámbito interno*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 324.

73 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, Sentencia de 14 de mayo de 2013, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf].

y 8.2h de la Convención Americana, le atañe al Estado argentino adecuar su ordenamiento jurídico, pues los recursos de casación y quejas que interpusieron los sentenciados fueron desestimados y a su vez, la norma bajo la cual los individuos fueron sentenciados a cadena perpetua es contraria a la Convención⁷⁴.

Bajo esta perspectiva de supremacía de la Convención Americana, podría llegarse a pensar la posibilidad de que existan disposiciones constitucionales contrarias a la Convención. En este sentido, como señala MARIO A. R. MODÓN

Respondiendo al interrogante acerca de si las Constituciones nacionales pueden ser susceptibles de control de convencionalidad. Colige que la respuesta afirmativa se impone. Necesariamente debemos acudir una vez más al artículo 27 de la Convención de Viena, en cuanto proscribiera que un Estado alegue su derecho interno para dejar de cumplir una obligación internacional. Y en la expresión “derecho interno”, naturalmente queda comprendida la Constitución Política del Estado⁷⁵.

De acuerdo con lo anterior, podría pensarse que en relación con el derecho a la doble instancia de los altos funcionarios del Estado, Colombia esta incumpliendo las obligaciones establecidas en la Convención Americana.

Recordemos pues que la Corte Constitucional defiende la supremacía constitucional, por lo cual, según

74 Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Control de convencionalidad”, cit., pp. 11 y 12.

75 MODÓN. *Control de convencionalidad*, cit., p. 86.

la doctrina de la Corte, no hay ninguna norma por encima de la Constitución, es decir, no hay supra constitucionalidad. En este sentido,

los tratados tienen rango superior que las demás normas, pero no tienen jerarquía mayor que la Constitución formalmente concebida, es decir, tienen prevalencia en el orden interno, pero no frente a la misma Constitución⁷⁶.

Así las cosas, la misma corporación constitucional señala que

la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado...⁷⁷.

Puntualmente, sobre el derecho a la doble instancia de los aforados del Estado colombiano y las obligaciones frente a la Convención Americana, la misma corporación considera que

... cada Estado goza de un amplio margen para configurar los procedimientos y para diseñar los mecanismos eficaces de protección de los derechos, sin que esté ordenado, según la jurisprudencia vigente, que en los casos de altos funcionarios aforados se prevea siempre la segunda instancia⁷⁸.

76 Ver cita en GARCÍA ATEHORTÚA y RAMÍREZ RIVERO. "La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia", cit., p. 93.

77 Sentencia C-941 de 2010, cit.

78 Sentencia C-934 de 2006, cit.

Ahora bien, es importante destacar el pronunciamiento de la Corte Interamericana en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, en donde le ordenó a Venezuela

... dentro de un plazo razonable y conforme a los párrafos 133 y 134 de esta Sentencia, adecuar su ordenamiento jurídico interno, de tal forma que garantice el derecho a recurrir de los fallos condenatorios, conforme al artículo 8.2.h de la Convención, a toda persona juzgada por un ilícito penal, inclusive a aquéllas que gocen de fuero especial⁷⁹.

La Corte Constitucional colombiana utiliza el instituto del margen de apreciación nacional, creación del derecho internacional europeo, que fue adoptado por la Corte Interamericana al evaluar las reformas de la Constitución de Costa Rica respecto a las garantías de igualdad y no discriminación establecidas en la Convención⁸⁰. El margen de apreciación nacional supone que

... en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un núcleo “duro” esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y aplicación...⁸¹.

Por esta razón, es que en la Sentencia T-388 de 2015⁸² considera que en el caso de los servidores públicos

79 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, cit., p. 34.

80 MIDÓN. *Control de convencionalidad*, cit., pp. 132 y 133.

81 *Ibíd.*, p. 134.

82 Ver *supra*, nota n.º 4.

con fuero, el derecho a recurrir a una segunda instancia no es fundamental y en tal sentido no se vulnera el debido proceso, en cuanto son juzgados por el máximo tribunal en materia penal lo cual supone más garantías procesales.

En definitiva, la Corte Constitucional colombiana mantiene una defensa por la interpretación del bloque de constitucionalidad conforme al principio de soberanía constitucional, lo cual implica que no puede invocarse de manera directa la Convención Americana para condicionar la justiciabilidad de los derechos al interior del Estado y garantizar el principio de supremacía convencional⁸³. Al contrario de lo anterior, en Argentina la Corte Suprema de Justicia realiza un esfuerzo argumentativo por integrar los pronunciamientos de la Corte Interamericana.

En este sentido, reconoce que

... las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] están revestidas de cierto valor vinculante en general [...] o, por lo menos, deber servir de guía para la interpretación del pacto de San José de Costa Rica por parte de los tribunales argentinos...⁸⁴.

Por lo cual, respecto al derecho a la segunda instancia establecido en el artículo 8.2 literal h, señala que este

83 GARCÍA ATEHORTÚA y RAMÍREZ RIVERO. “La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia”, cit., p. 99.

84 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Causa L. 99.447, “Sala, Jorge H. contra Bonanno, Mónica B. Despido”, 14 de septiembre de 2011, disponible en [<http://www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2011/09-14/L99447.doc>].

procede sobre un fallo condenatorio en penal, de tal forma que su garantía implica la revisión de las cuestiones de hecho y de derecho del fallo por parte un tribunal superior⁸⁵.

Con todo y lo anterior, puede inferirse que la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Política responden a dos ordenamientos jurídicos distintos que están en permanente conflicto, es una labor de las cortes o tribunales con funciones constitucionales armonizar la interpretación de ambas normas. Sin embargo, no puede desconocerse que a partir de una interpretación teleológica del artículo 8.2 literal h de la Convención Americana, el fin del derecho a recurrir el fallo implica que la sentencia condenatoria sea conocida por un juez superior distinto al que profirió la providencia, con el objetivo de que la revise y la modifique. Como es evidente, esto implica en el caso de Colombia, ejercer un control de convencionalidad sobre la misma Carta política, lo cual constituye un ataque al principio de soberanía constitucional. Pero aun así, no puede desconocerse que en la realidad algunas disposiciones constitucionales resultan contrarias a los tratados de derechos humanos y a pesar del esfuerzo argumentativo de la Corte Constitucional por adecuarlas a la Constitución, empíricamente existe una vulneración al derecho que no puede quedar oculta detrás de la argumentación jurídica.

85 Ídem.

CONCLUSIONES

El artículo 2.º de la Convención Americana establece la obligación de los Estados parte de hacer efectivos los mencionados derechos y libertades establecidos en la Convención. Cuando existe un incumplimiento del artículo mencionado por parte de uno de los Estados, le corresponde a los jueces adelantar el control de convencionalidad sobre normas del ordenamiento jurídico interno contrarias a la Convención o por omisión legislativa, que conlleve una vulneración a la Convención Americana.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita por Colombia y entró a hacer parte del ordenamiento jurídico mediante la Ley 16 de 1972, pero existe una incompatibilidad entre ésta y la Constitución Política de Colombia. El artículo 8.2 literal h de la convención establece el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” mientras que de acuerdo al artículo 235 de la Constitución Nacional, los altos funcionarios del Estado colombiano con fuero constitucional y legal son juzgados penalmente por la Corte Suprema de Justicia, en única instancia. Para la Corte Constitucional, el derecho a la doble instancia de los funcionarios aforados no es un derecho fundamental, por cuanto su condición de aforados los provee de otras garantías, tales como ser juzgados por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Lo anterior es consecuencia de la tensión permanente que existe entre el derecho internacional sobre derechos humanos y la Constitución, pues ambos procuran reafirmar la soberanía sobre el otro. Así las

cosas, mientras las Corte Constitucional incorpora la Convención Americana dentro del Bloque de Constitucionalidad al supeditar la Convención a la Constitución y reafirmando el principio de soberanía constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordena –mediante el control de convencionalidad– adecuar el ordenamiento jurídico, incluso la Constitución a los parámetros de la Convención. Luego, se pone en duda el cumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano respecto al derecho a recurrir a una doble instancia establecido en la Convención Americana.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, JOSÉ V. *Procedimiento civil y comercial en segunda instancia*, t. I, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1973, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1420/5.pdf>].
- ALBANESE, SUSANA. “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en SUSANA ALBANESE (coord.). *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME y LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal: Fundamentos constitucionales y teoría general*, t. I, 6.ª ed., Bogotá, Externado, 2013.
- CERRA NOLASCO, EDUARDO. “El control de constitucionalidad. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional”, *Revista de Derecho*, n.º 16, 2001, Universidad del Norte, pp. 167 y 169, disponible en [http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/16-2/9_El_control_de_constitucionalidad.pdf].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Control de convencionalidad*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 7, Copenhague, Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>].

FERRAJOLI, LUIGI. “Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1996.

GARCÍA ATEHORTÚA, ANGIE KATHERINE y LAURA SOFÍA RAMÍREZ RIVERO. “La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia”, *Universitas Estudiantes*, n.º 11, enero-diciembre 2014, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, disponible en [<http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/4+LA+SUPREMACIA+CONSTITUCIONAL.pdf/a1af0b90-148a-4fb5-ac18-4eb6888ecce7>].

GARCÍA GESTOSO, NOEMÍ. “Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a *Los seis libros de la República* de J. Bodino”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 120, 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/75526>].

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO y ERÉNDIRA NOHEMÍ RAMOS VÁZQUEZ. “Garantías judiciales, doble instancia y amparo de derechos fundamentales (artículos 8.2h y 25 de la CADH)”, en *La protección de los derechos humanos a través del debido proceso*, México D. F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/VIII.pdf>].

HITTERS, JUAN CARLOS. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, julio-diciembre 2008, pp. 131 a 156, disponi-

ble en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/mxrcelo/r25295.pdf>].

JARA, ARIADNA ELIZABETH. "Control de convencionalidad en Argentina", en *Nuestra Joven Revista Jurídica*, vol. 1, n.º 1, Universidad Nacional de Córdoba, disponible en: [<http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/derecho-publico/control-de-convencionalidad-en-argentina/view>].

MANILI, PABLO LUIS. *El bloque de constitucionalidad. La aplicación de las normas internacionales en el ámbito interno*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017.

MIDÓN, MARIO A. R. *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. "El control de convencionalidad y el sistema colombiano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 12, julio-diciembre 2009, disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>].

THEA, FEDERICO G. "Artículo 8.º Garantías judiciales", en CRISTIAN ADÉN et ál. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, disponible en [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>].

VILLANUEVA, MARCOS AGUSTÍN. "El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales", en *Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados "Democracia y Derechos"*, 31 de mayo y 1.º de junio de 2012, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 3 de diciembre de 2014, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, disponible en [<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/73001233100020030173601.pdf>].

Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-142 de 20 de abril de 1993, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-142-93.htm>].

Sentencia C-067 de 4 de febrero de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>].

Sentencia C-934 de 15 de noviembre de 2006, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-934-06.htm>].

Sentencia C-941 de 24 de noviembre de 2010, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-941-10.htm>].

Sentencia C-792 de 29 de octubre de 2014, M. P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-792-14.htm>].

Sentencia T-388 de 26 de junio de 2015, M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-388-15.htm>].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* en la sentencia de 26 de septiembre del 2006, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf].

Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf].

Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf].

Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, resumen oficial emitido por la Corte, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf].

Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 11 de marzo de 2005, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.pdf].

Caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf].

Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf].

Caso *La última tentación de Cristo vs. Chile* (Caso Olmedo Bustos y otros), Sentencia de 5 de febrero de 2001, disponible en [<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showDocument.asp?DocumentID=10>].

Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, sentencia de 30 de enero de 2014, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf].

Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Sentencia de 14 de mayo de 2013, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf].

Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, consideración 7 del voto razonado del Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Causa L. 99.447, “Sala, Jorge H. contra Bonanno, Mónica B. Despido”, 14 de septiembre de 2011, disponible en [<http://www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2011/09-14/L99447.doc>].

Ley 16 de 30 de diciembre de 1972, *Diario Oficial*, n.º 33.780, de 5 de febrero de 1973, disponible en [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0016_1972.htm].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>].

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONSTITUCIÓN COMO CONTROL DEL PODER VS. EL PRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El principio de separación de poderes surge con el objetivo de organizar las distintas funciones propias del Estado oponiéndose a la monopolización del poder por parte del Monarca. La división actual de las funciones del Estado en el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial se consolida con JOHN LOCKE⁸⁶ y CHARLES LOUIS DE SECONDAT, SEÑOR DE LA BRÈDE Y BARÓN DE MONTESQUIEU⁸⁷. De igual forma el sistema de frenos y contrapesos establecido en la Constitución de Filadelfia (14 de mayo-17 de febrero de 1787) contribuye a la limitación del poder del Estado. Sin embargo, estos paradigmas del derecho

86 Wrington, UK, 29 de agosto de 1632-High Laver UK, 28 de octubre de 1704.

87 La Brède, Francia, 18 de enero de 1689-París, 10 de febrero de 1755.

constitucional no se cumplen en la realidad de los países latinoamericanos, que influenciados por un fuerte caudillismo histórico, han terminado por la construcción de regímenes presidenciales en donde la figura del Presidente termina por sobresalir respecto de los demás poderes públicos, en especial, sobre el Poder Legislativo.

II. EL CONTROL DEL PODER: TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

Como sostiene el doctrinante alemán KARL LOEWENSTEIN, el poder tiene una connotación negativa que lleva a su estigmatización, por esta razón afirma que

Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y cometimiento. El poder lleva en sí mismo un estigma, y solo los santos entre los detentadores del poder –¿y dónde se pueden encontrar?– serían capaces de resistir a la tentación del poder⁸⁸.

En efecto, son frecuentes las referencias en la historia a personajes que desbordan las esferas del poder, cometiendo actos de trascendental impacto para la sociedad que los rodea. Baste, por ejemplo, mencionar las dictaduras militares de los países de América

88 KARL LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*, 2.^a ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 28.

Latina durante las décadas de 1970 a 1990 aproximadamente.

Tal cual, es esta connotación negativa del poder, de sus efectos desbordantes en la sociedad, lo que contribuye a la elaboración de una primera noción de Constitución, pero no entendida en el sentido moderno de la teoría jurídica, en su acepción de norma suprema, sino más como organización empírica del poder⁸⁹. Así las cosas, durante la Edad Media⁹⁰ no existía un centro único de poder, sino que habían varios centros de poder que permanecían en conflicto, por esta razón, la única forma de convivencia era mediante la realización de pactos entre los señores feudales. Es esta organización empírica del poder lo que se conoce como Constitución medieval, por lo cual autores como MAURIZIO FIORAVANTI señalan que “hablar de Constitución medieval significa hablar de reglas, de límites, de pactos y contratos, de equilibrio”⁹¹.

Con la transformación y evolución de las relaciones sociales y de la tecnología, los recursos de poder se fueron concentrando en pocas manos, lo cual condujo al advenimiento de las monarquías. Cuando se pretende limitar el poder absoluto del monarca surge

89 MANUEL GARCÍA PELAYO. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 46.

90 Caída del Imperio Romano, año 476-Descubrimiento de América, 1453.

91 Ver cita en GASTÓN JULIÁN ENRÍQUEZ FUENTES. “El control político como requisito del Estado constitucional. Evolución histórica”, *Criterio Jurídico*, vol. VI, 2006, Santiago de Cali, Pontificia Universidad Javeriana, disponible en [<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/252/1007>], p. 45.

el Estado moderno, con lo que es en este escenario de transición del poder en donde surge la teoría de la separación de poderes. Como señala RAÚL GUSTAVO FERREYRA

Podría afirmarse que la teoría de la división de poderes nació con el surgimiento o aparición de esta moderna forma jurídica llamada “Estado”, y más precisamente “Estado constitucional”, si bien una estricta cronología indica que la teoría de la división de los poderes nació poco antes que el movimiento constitucionalista liberal⁹².

Por esta razón, es que en el contexto del movimiento liberal en Francia, se consolidan las observaciones de MONTESQUIEU sobre el sistema de organización política inglés, convirtiéndose en el paradigma constitucional conocido.

Teniendo en cuenta que el principio de separación de poderes surge con el objetivo de organizar las distintas funciones propias del Estado, oponiéndose a la monopolización del poder por parte del Monarca, y además, que la división actual de las funciones del Estado –en el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial– se consolida con la utilización de las ideas de MONTESQUIEU durante la Revolución Francesa⁹³. Es importante destacar que esta idea no nació propiamente en el periodo de la ilustración, sino que desde el periodo clásico, ARISTÓTELES⁹⁴ habla de

92 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 190.

93 5 de mayo de 1789-9 de noviembre de 1799.

94 Estagira, 384 a. C.-Calcis, 322 a. C.

la división del poder político en distintos órganos del Estado para evitar la corrupción del mismo. En este sentido, el filósofo griego en su obra denominada “Política” distinguió tres funciones del Estado: la función deliberativa, la función judicial y la de ejecutar ejercida por los magistrados⁹⁵.

La función deliberativa implicaba administrar, mantener la paz y declarar la guerra. No consistía – como se pensaría hoy en día – en legislar, pues para los griegos las leyes se encontraban dadas por los dioses y solo había que interpretarlas o reformarlas en situaciones extraordinarias. Como consecuencia de lo anterior, por lo general en Aristóteles se reconocen propiamente dos funciones del Estado: la función judicial y la de ejecutar encomendada a los magistrados⁹⁶.

No obstante lo anterior, incluso en el periodo clásico, existía la necesidad de lograr un equilibrio de las funciones del Estado para limitar el poder político y definir la forma de Gobierno. Luego, filósofos griegos como ARISTÓTELES y PLATÓN⁹⁷

... esbozaron una forma mixta de gobierno que involucraba la participación en el poder de distintos estamentos, orientada hacia un concepto plural del poder, más que de una división de poderes en sentido estricto⁹⁸.

95 ARISTÓTELES. *La Política*, Bogotá, Panamericana Editorial, 1993, p. 221.

96 ENRIQUE DÍAZ BRAVO. “Desarrollo histórico del principio de separación de poderes”, *Revista de Derecho*, n.º 38, julio-diciembre de 2012, Barranquilla, Universidad del Norte, disponible en [<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/3690/3028>], p. 243.

97 Egipto?, 427 a. C.-Atenas, 347 a. C.

98 GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA. *El control político en Colombia: El*

En otras palabras, descubrieron que la forma de organización del poder definía la forma de organización del Estado.

Al final de la Edad Media, cuando las monarquías europeas se encontraban en una crisis de legitimidad de su poder político por los abusos cometidos sobre los gobernados, los pensamientos de LOCKE y MONTESQUIEU, inspirados en algunos aspectos del modelo clásico, cobran fuerza. Ambos pensadores postulaban una separación rígida del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial como única forma de garantizar la libertad de las personas e impedir la concentración del poder en un solo órgano o en una sola persona, de tal forma que solo el poder limitara el poder⁹⁹. Ahora bien, en este punto es importante resaltar que

... en la concepción europea separación o distinción de funciones estatales no significaba necesariamente atribuir a cada uno de los departamentos como interdependientes entre sí, y en perfecto equilibrio, una porción bastante simétrica y equivalente de la voluntad estatal¹⁰⁰.

Esto explica la situación de la Asamblea Nacional en Francia, la cual representaba la voluntad general y la plasmaba en la ley, por lo tanto, tenía un poder superior frente al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, es

papel de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes, Neiva, Universidad Surcolombiana, 2010, p. 13.

99 *Ibíd.*, p. 14.

100 Ver cita en FERREYRA. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, cit., p. 194.

especial sobre este último, por cuanto no se le permitía a los jueces interpretar la ley considerada perfecta por ser expresión de la voluntad general.

Es evidente que en Francia la limitación al poder absoluto del monarca se le configuró como el elemento más importante de la Revolución Francesa. Por esta razón, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹⁰¹ establecía que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”¹⁰². Nótese pues que la idea de Constitución hace referencia a un documento escrito que contiene separación de poderes y declaración de derechos. Las ideas de LOCKE y MONTESQUIEU influyeron en la Constitución Federal de Estados Unidos, emanada de la Convención de Filadelfia de 1776, en donde por primera vez fue positivizado el principio de la separación de poderes. De igual forma, se incorporó el sistema de controles y frenos recíprocos entre los poderes del Estado¹⁰³, también conocido como *checks and balances*. Las jóvenes naciones latinoamericanas acogieron el principio de separación de los poderes públicos y el sistema de pesos y contrapesos y lo incorporaron en sus Constituciones. En el caso de Colombia, la tradición de la división de los poderes públicos se remonta a las primeras Constituciones,

101 Texto completo disponible en [<http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>].

102 *Ibíd.*, p. 188.

103 FERREYRA. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, cit., p. 192.

baste por ejemplo mencionar que los textos constitucionales de 1821¹⁰⁴, 1830¹⁰⁵, 1832¹⁰⁶ y 1858¹⁰⁷, establecían la división de poderes, aunque no era clara la forma de interrelación entre aquellas¹⁰⁸. Posteriormente, la Constitución Política de 1886¹⁰⁹ incorporó el principio de separación de los poderes públicos y el Acto Legislativo 1.º de 1936¹¹⁰ añadió la colaboración armónica de los poderes públicos para la consecución de los fines del Estado¹¹¹.

104 30 de agosto de 1821, conocida como Constitución de Cúcuta, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13690>].

105 5 de mayo de 1830, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13692>].

106 La Constitución de la Nueva Granada de 1.º de marzo de 1832, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13694>].

107 La Constitución de la Confederación Granadina de 22 de mayo de 1858, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13697>].

108 ÁNGELA MARÍA PÁEZ MURCIA. “Aplicabilidad de la teoría de división de poderes en la actualidad, en algunos Estados de América Latina”, *Dikaion*, vol. 20, n.º 15, noviembre de 2006, Universidad de La Sabana, p. 254, disponible en [<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001516>].

109 Disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>].

110 “Por medio del cual se reforma la Constitución Política”, de 9 de enero de 1986, *Diario Oficial*, n.º 37.304, de 10 de enero de 1986, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9440>].

111 ANTONIO BARRERO ROZO. “El proyecto constitucional de separación de poderes en el Estado colombiano: Apuntes sobre su desenvolvimiento a lo largo del siglo xx”, *Vniversitas*, n.º 122, enero-junio de 2011, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, disponible en [<http://vniversitasjuridica.javeriana.edu.co/edicion.php?Ed=33&Cn=4>], pp. 216 y 217.

La Constitución Política de 1991 ya citada continuó con la separación del poder en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El artículo 113 de la Constitución Política establece que

Son Ramas del Poder Público, la Legislativa, la Ejecutiva, y la Judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Ahora bien, en la Carta Política de 1991 el sistema de frenos y contrapesos no aplica solo a las entidades que hacen parte de cada uno de los tres poderes públicos clásicos, sino también sobre los órganos de control.

Como se ve, el principio de separación de poderes busca el equilibrio de los poderes públicos (sistema de frenos y contrapesos) de tal forma que ninguno sea absorbido por el otro. A lo largo de la historia, a través del desarrollo de las formas de Estado y de Gobierno, el derecho constitucional ha desarrollado instrumentos que permiten a los poderes públicos ejercer control entre ellos. En este sentido, la doctrina por lo general hace referencia al control político que, dentro de los sistemas parlamentarios, realiza el Parlamento sobre el jefe de Gobierno, cuando este último se aleja de los intereses políticos del primero. Sin embargo, a pesar de que el control político tiene su origen en los sistemas parlamentarios, no es propio de una determinada forma de Gobierno, ya que también está presente en los sistemas presidenciales. En estos últimos, a pesar de que hay mayor independencia entre

los poderes públicos, el Poder Legislativo ejerce control sobre el Poder Ejecutivo a través de figuras como la moción de censura, figura que encuentra su origen en los sistemas parlamentarios¹¹².

De igual forma, la función judicial que ha sido atribuida al Poder Legislativo constituye una expresión del principio de separación de poderes y del sistema de frenos y contrapesos. Para el caso de Colombia, la función judicial del Congreso de la República está establecida en los artículos 174, 175 y el artículo 178 numerales 3 y 4 de la Constitución Política de 1991. Esta función de carácter especial responde al objetivo de la Asamblea Nacional Constituyente de fortalecer el Poder Legislativo. En su momento, en la Constituyente se manifestó que

... en Colombia la tendencia no es fortalecer la función natural del Legislativo en relación con el Ejecutivo [...] Esta si ha sido una de las causas más notables de los abusos del poder por parte del Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado, puesto que no existen en la práctica mecanismos para ejercer efectivamente la vigilancia, la calificación y la sanción política a determinadas conductas del Gobierno¹¹³.

De igual forma, los otros poderes del Estado colombiano ejercen control recíproco entre sí. El constitu-

112 GERMÁN LOZANO VILLEGAS. "Control político y responsabilidad política en Colombia", *Revista Derecho del Estado*, n.º 22, 2009, Bogotá, Externado, disponible en [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/484/463>], pp. 234 a 241.

113 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional*, n.º 54, 17 de abril de 1991, p. 4.

yente de 1991 estableció algunos procedimientos como que el Gobierno pueda convocar a sesiones extraordinarias al Congreso y debatir exclusivamente sobre temas puestos a consideración por aquél (art. 138 incs. 3 y 4), también que es necesaria la sanción presidencial de las leyes para que éstas entren en vigor (art. 165), y la objeción presidencial sobre las leyes (art. 166), entre otras medidas. También establece controles entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, a saber: el Presidente de la República participa en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional (art. 239, inc. 2) y el Fiscal General de la Nación (art. 249). En el mismo sentido en la Constitución se establecieron controles de parte del Poder Judicial sobre el Legislativo; la pérdida de investidura del congresista es decretada por el Consejo de Estado (art. 184), y la Corte Suprema de Justicia investiga y sanciona a los congresistas (art. 237.5), entre otras.

Nótese pues que la telaraña de controles recíprocos entre los poderes del Estado busca un solo objetivo fundamental y es el control del poder del Estado entendido como

... la capacidad, aptitud o competencia del ente soberano para imponer su voluntad, con la alta probabilidad de encontrar obediencia a sus mandatos, o de resistir con éxito la desobediencia que encuentre interna o externamente tales imposiciones u ordenaciones¹¹⁴.

114 FERREYRA. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, cit., p. 196.

El logro de este objetivo fundamental permite el desarrollo del bienestar general y el respeto a los derechos de las personas.

III. FUERTE PRESIDENCIALISMO Y DEBILITAMIENTO DEL CONGRESO

Con todo y lo anterior, es evidente que el sometimiento del poder del Estado constituye el elemento fundamental de la teoría del derecho constitucional. Es precisamente el sometimiento de las relaciones de poder al derecho lo que permite la vida en sociedad. Ahora bien, la realidad es distinta, es decir, las relaciones entre los distintos poderes públicos tienden a confundirse de tal manera que en ocasiones el sistema de frenos y contrapesos no funciona y pareciera que uno de los poderes públicos sobresaliera frente a los demás.

Los países latinoamericanos se caracterizan por el establecimiento de regímenes políticos¹¹⁵ presidenciales. Estos se caracterizan porque tienen sustento en la tripartita división de poderes transformada en un paradigma de Gobiernos democráticos, el Presidente es electo en forma regular por el constituyente primario, y en esa medida él es políticamente respon-

115 En esta ocasión se utiliza el término “régimen político” y no el de “sistema político” por cuanto el primero concibe al Estado como un agente externo a la sociedad, por lo cual puede estudiarse la relación entre los distintos poderes públicos, las instituciones estatales que los conforman y la sociedad. Al respecto ver ALEJO VARGAS VELÁSQUEZ. *Notas sobre el Estado y las políticas públicas*, Bogotá, Almudamenta Editores, 1999, p. 17.

sable ante el pueblo, el Presidente es jefe de Estado, el jefe de Gobierno, comandante de las Fuerzas Armadas y suprema autoridad administrativa, a su vez el Presidente y el Congreso no tienen poder para recortar sus respectivos mandatos¹¹⁶. Es precisamente esta última característica la que dota de rigidez el régimen presidencial ya que

... ambos poderes son electos para un periodo fijo, y la permanencia del Presidente en el cargo es independiente de la voluntad del Legislativo, cuya existencia, a su vez, es independiente de la intención del Presidente.

Sin embargo, pareciera que en realidad este principio constitucional no se cumple, de hecho, señalan RICARDO HINESTROSA DAZA y FABIO HERNÁNDEZ

En la misma Inglaterra que tuvieron en mira LOCKE y MONTESQUIEU, ese principio no ha regido nunca en el hecho. Allí la Cámara de los Comunes, según la doctrina tradicional, tiene el poder de hacer todo...¹¹⁷.

La realidad de los países latinoamericanos ha sido más dramática, pues el desarrollo de las relaciones políticas ha desembocado en la construcción de un fuerte presidencialismo: todas las atribuciones del Poder Ejecutivo se concentran en una sola persona, el Presidente, ocasionando un debilitamiento del Poder

116 *Ibíd.*, p. 27.

117 RICARDO HINESTROSA DAZA y FABIO HERNÁNDEZ. "Relaciones entre los poderes Judicial y Legislativo", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, año V, n.ºs 51 y 52, 8 de enero de 1916, p. 142.

Legislativo. Pareciera, entonces, que el derecho constitucional fuera ajeno a esta realidad, la cual ha sido sobre todo estudiada desde la ciencia política.

En otras palabras, uno de los paradigmas fundamentales de la teoría del derecho constitucional, a saber, el principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, sucumbió a las relaciones políticas. Así por ejemplo, puede observarse en Bolivia al Presidente JUAN EVO MORALES AYMA¹¹⁸ permanecer en el poder desde 2006 siendo reelegido en los años 2010 y 2014. De igual forma, en Ecuador, el Presidente RAFAEL VICENTE CORREA DELGADO¹¹⁹, permanece en su cargo desde 2007 siendo reelegido en dos ocasiones hasta 2017. Por último, no puede desconocerse el caso de Nicaragua, en donde el Presidente JOSÉ DANIEL ORTEGA SAAVEDRA¹²⁰ permanece en su cargo desde 2007 con cuestionables reelecciones.

Ahora bien, con independencia de que las políticas de Gobierno sean benéficas para un país, lo cierto es que la permanencia de la misma persona a la cabeza del Poder Ejecutivo termina por transformarlo en un poder con mayor incidencia que los demás poderes públicos, desfigurando el principio de separación de poderes públicos y el sistema de frenos y contrapesos,

118 Orinoca, Oruro, Bolivia, 26 de octubre de 1959-, Presidente de Bolivia por el partido Movimiento al Socialismo, desde el 22 de enero de 2006 a la fecha.

119 Guayaquil, 6 de abril de 1963-, Presidente del Ecuador desde el 15 de enero de 2007.

120 La Libertad, Nicaragua, 11 de noviembre de 1945-, Presidente de Nicaragua con un primer período del 10 de enero de 1985 al 25 de abril de 1990, y un segundo del 10 de enero de 2007 a la fecha.

para muestra, véase el caso de Venezuela. Como es obvio, esto último es bastante desfavorable en términos de teoría constitucional y de justicia constitucional, aunque responda a los deseos de la mayoría.

En términos de legitimidad democrática, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo cuenta en principio con mayor legitimidad. Sin embargo, uno de los problemas fundamentales de la historia del derecho constitucional es la representación directa de los soberanos. Es decir, cuando la soberanía pasó del monarca al ente abstracto denominado pueblo, una de las primeras cuestiones a resolver fue la de cómo lograr que fuese el pueblo el que ejerciera directamente su soberanía, es decir, se necesitaba resolver quién sería el titular del ejercicio de la soberanía. Esta discusión se dio sobre todo en Francia durante su gran Revolución. Como es técnicamente imposible el ejercicio de la soberanía por todos los individuos que conforman el pueblo, en los términos establecidos por ROUSSEAU, EMMANUEL-JOSEPH SIEYÈS¹²¹ desarrolló las categorías de representación, poder constituyente y poder constituido¹²².

En consecuencia, como el poder constituyente originario, el pueblo, no puede ejercer la soberanía de forma directa, es mediante la categoría de representación que la voluntad general del soberano puede ejer-

121 Fréjus, Francia, 3 de mayo de 1748-Paris, 20 de junio de 1836.

122 HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ. "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", *Revista ius et praxis*, vol. 11, n.º 1, año 2005, Talca, Universidad de Talca, disponible en [<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/529/394>], pp. 230, 231 y 239.

cerse, dando lugar al poder constituyente derivado o poder constituido, capaz de modificar la Constitución, producto de la voluntad del poder constituyente. El poder constituyente derivado se concretiza en el Congreso, luego

El pueblo pasó al elegir a sus representantes, quienes mediante la ley desarrollaron la súper ley (Constitución). Si la Constitución como la voluntad del pueblo dispuso fraccionar el poder para limitarlo y resguardar la libertad de todos y cada uno de los habitantes, fueron los representantes, en su rol de delegados, los encargados de garantizar que el pacto se desarrolle¹²³

En otras palabras, dado el carácter democrático y representativo del Congreso, es importante que éste no se debilite ante el Poder Ejecutivo, pues es el Congreso el escenario donde se materializa la pluralidad del pueblo soberano, esta pluralidad debe ser tomada en cuenta para que las leyes que se expidan garanticen los derechos y libertades de los individuos, así como la construcción de un orden social y político nuevo. Sin embargo, lo que se ha visto es que la superioridad del Poder Ejecutivo expresada en el presidencialismo termina por cooptar al Congreso, de tal forma que éste no es el representante de la voluntad general sino el representante de la voluntad de quien ocupe la Presidencia. Baste por ejemplo mencionar el caso del Congreso colombiano durante la

123 FERREYRA. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, cit., p. 198.

presidencia del Álvaro Uribe Vélez¹²⁴, quien en 2004 mediante la aprobación del Acto Legislativo 02¹²⁵ que modificó el artículo 197 de la Constitución Política, logró la reelección presidencial inmediata¹²⁶, acabando con el equilibrio de los poderes públicos. Ahora bien, resulta paradójico que tiempo después, en la actual presidencia de JUAN MANUAL SANTOS Calderón la reelección presidencial fuera eliminada mediante el Acto Legislativo 02 de 2015¹²⁷ o Reforma al Equilibrio de Poderes¹²⁸. Estos constantes cambios, afectan la estabilidad de la Constitución que es un documento con tendencia a permanecer en el tiempo y ponen en duda el carácter rígido de nuestra Constitución.

Pareciera entonces que en los países latinoamericanos la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo es inequitativa. De hecho, desde los inicios del presente siglo la tendencia en las Constituciones

124 Medellín, 4 de julio de 1952-, 58.º Presidente de Colombia en dos períodos del 7 de agosto de 2002 al 7 de agosto de 2010.

125 Acto Legislativo 02 de 27 de diciembre de 2004, “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 45.774, de 27 de diciembre de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15519>].

126 Artículo 2.º del Acto Legislativo 02 de 27 de diciembre de 2004, *Diario Oficial*, n.º 45.774, de 27 de diciembre de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15519>].

127 Acto Legislativo 02 de 1.º de julio de 2015, “Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 49.560, de 1.º de julio de 2015, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62130>].

128 Artículo 9.º *ibíd.*

latinoamericanas es la de fortalecer las facultades legislativas del Presidente, como por ejemplo, la capacidad del Presidente de emitir decretos legislativos. De igual forma, durante los años 1980 y 1990, la influencia neoliberal contribuyó al fortalecimiento del Presidente, pues la adopción de políticas públicas económicas no era producto de un proceso de deliberación democrática, sino que eran impuestas por medio de decretos por parte del Poder Ejecutivo¹²⁹.

Ahora bien, contemporáneamente cuando hay presidentes fuertes, el Congreso puede ser reactivo, es decir, formar una legislatura reactiva

... la cual reconoce que la capacidad de iniciativa política reside en el Poder Ejecutivo, sin que eso implique que éste puede hacer todo sin tomar en cuenta la opinión de las fuerzas políticas con representación parlamentaria¹³⁰.

Estas legislaturas reactivas tienen distintas clasificaciones, a saber: i. subordinadas al Poder Ejecutivo, ii. recalitrantes enfocadas a bloquear las iniciativas del Poder Ejecutivo, iii. legislaturas que aprueban los proyectos del Poder Ejecutivo pero promueven modificaciones a través de negociaciones, y finalmente, iv. legislaturas que afirman los proyectos del Ejecutivo a cambio de favores individuales¹³¹.

129 MARIANA LLANOS y DETLEF NOLTE. "Los Congresos en América Latina: legislaturas reactivas, potencialmente activas", *Revista Política*, vol. 47, 2006, Santiago, Universidad de Chile, disponible en [<http://200.89.78.45/index.php/RP/article/viewFile/16778/17475>], pp. 30 y 33.

130 *Ibíd.*, p. 35.

131 *Ídem.*

Lo ideal sería un Poder Legislativo que colaborase de manera armónica con el Poder Ejecutivo, sin embargo es frecuente que ante la presencia de un presidencialismo fuerte, las legislaturas se vuelvan reactivas hacia los extremos, es decir, se transforman en Congresos subordinados al Poder Ejecutivo o recalcitrantes. Así, por ejemplo, la Asamblea Nacional venezolana muestra esta dicotomía, durante los primeros años de mando del Presidente HUGO RAFAEL CHÁVEZ FRÍAS¹³². Este órgano estaba conformado casi por completo por miembros del partido Polo Patriótico¹³³ lo que permitió la fácil expedición de las denominadas leyes habilitantes. Hoy, la situación es abiertamente distinta, en las elecciones de 2015 la oposición conformada por el partido Mesa de Unidad Democrática obtuvo 107 escaños, mientras que el oficialista Partido Socialista Unido de Venezuela –PSUV– obtuvo 55¹³⁴. Esto último ha generado un Poder Legislativo recalcitrante frente a las prerrogativas del Poder Ejecutivo, impidiendo el funcionamiento armónico de los poderes públicos.

132 Sabaneta, 28 de julio de 1954-Caracas?, 5 de marzo de 2013?, Presidente de Venezuela del 2 de febrero de 1999 hasta su muerte.

133 LUISMI UHARTE POZAS. *El sur en la revolución: Una mirada a la Venezuela Bolivariana*, País Vasco, Editorial Txalaparta, 2008, p. 63.

134 BBC MUNDO. "Venezuela: la oposición consigue mayoría calificada de 3/5 en las elecciones parlamentarias", consultado el 1.º de abril de 2017, disponible en [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151207_venezuela_elecciones_mud_mayoria_calificada_ng].

Para terminar, puede pensarse que, contrario a la teoría que inspira la separación de poderes, la realidad demuestra que la relación entre los poderes Legislativo y Ejecutivo en los países latinoamericanos no ha sido de equilibrio. La institución del Presidente busca sobresalir haciendo uso de distintos mecanismos, como facultades constitucionales extraordinarias, para dictar decretos ley, conformación de mayorías en el Congreso, ofrecimiento de cargos diplomáticos, o planeación y ejecución del presupuesto, entre otras.

CONCLUSIÓN

La noción empírica de Constitución implica la organización real del poder del Estado, de la imposición de límites, es decir de su sometimiento al derecho. Estas disposiciones fueron consignadas en documentos escritos convirtiendo a la Constitución en la norma fundamental del ordenamiento jurídico. El principio de separación de poderes públicos y el sistema de frenos y contrapesos se ha configurado como un paradigma de la teoría del derecho constitucional que se estableció en las Constituciones de Francia y de Estados Unidos, las cuales a su vez influenciaron las Constituciones latinoamericanas. Sin embargo, el pasado autoritario y la tradición caudillista han contribuido al fortalecimiento de la figura del Presidente, generando la superioridad del Poder Ejecutivo sobre los demás poderes públicos y debilitando, en especial, al Poder Legislativo.

Es importante reconocer que el fuerte presidencialismo que caracteriza los regímenes políticos de los países latinoamericanos ha generado el debilitamiento del Congreso. Sin embargo, contemporáneamente se ha visto que la existencia de un Presidente fuerte puede generar Poderes Legislativos reactivos, transformándose en opositores al Poder Ejecutivo. En consecuencia, ya sea que se trate de Congresos subordinados o refractarios al Ejecutivo, ambas situaciones suponen una quebrantamiento al principio de separación de los poderes públicos o al sistema de frenos y contrapesos.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES. *La Política*, Bogotá, Panamericana Editorial, 1993.

BARRERO ROZO, ANTONIO. “El proyecto constitucional de separación de poderes en el Estado colombiano: Apuntes sobre su desenvolvimiento a lo largo del siglo xx”, *Vniversitas*, n.º 122, enero-junio de 2011, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, disponible en [<http://vniversitiasjuridica.javeriana.edu.co/edicion.php?Ed=33&Cn=4>].

BBC MUNDO. “Venezuela: la oposición consigue mayoría calificada de 3/5 en las elecciones parlamentarias”, consultado el 1.º de abril de 2017, disponible en [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151207_venezuela_elecciones_mud_mayoria_calificada_ng].

DÍAZ BRAVO, ENRIQUE. “Desarrollo histórico del principio de separación de poderes”, *Revista de Derecho*, n.º 38, julio-diciembre de 2012, Barranquilla, Universidad del Norte, disponible en [<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/3690/3028>].

- ENRÍQUEZ FUENTES, GASTÓN JULIÁN. “El control político como requisito del Estado constitucional. Evolución histórica”, *Criterio Jurídico*, vol. VI, 2006, Santiago de Cali, Pontificia Universidad Javeriana, disponible en [<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/252/1007>].
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- HINESTROSA DAZA, RICARDO y FABIO HERNÁNDEZ. “Relaciones entre los poderes Judicial y Legislativo”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, año V, n.ºs 51 y 52, 8 de enero de 1916.
- LLANOS, MARIANA y DETLEF NOLTE. “Los Congresos en América Latina: legislaturas reactivas, potencialmente activas”, *Revista Política*, vol. 47, 2006, Santiago, Universidad de Chile, disponible en [<http://200.89.78.45/index.php/RP/article/viewFile/16778/17475>].
- LOEWENSTEIN, KARL. *Teoría de la Constitución*, 2.ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1976.
- LÓPEZ DAZA, GERMÁN ALFONSO. *El control político en Colombia: El papel de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes*, Neiva, Universidad Surcolombiana, 2010.
- LOZANO VILLEGAS, GERMÁN. “Control político y responsabilidad política en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 22, 2009, Bogotá, Externado, disponible en [<http://revistas.externado.edu.co/index.php/derest/article/view/484/463>].
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, *Revista ius et praxis*, vol. 11,

n.º 1, año 2005, Talca, Universidad de Talca, disponible en [<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/529/394>].

PÁEZ MURCIA, ÁNGELA MARÍA. “Aplicabilidad de la teoría de división de poderes en la actualidad, en algunos Estados de América Latina”, *Dikaion*, vol. 20, n.º 15, noviembre de 2006, Universidad de La Sabana, p. 254, disponible en [<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001516>].

UHARTE POZAS, LUISMI. *El sur en la revolución: Una mirada a la Venezuela Bolivariana*, País Vasco, Editorial Txalaparta, 2008.

VARGAS VELÁSQUEZ, ALEJO. *Notas sobre el Estado y las políticas públicas*, Bogotá, Almudamenta Editores, 1999.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Acto Legislativo 1.º de 1936, “Por medio del cual se reforma la Constitución Política”, de 9 de enero de 1986, *Diario Oficial*, n.º 37.304, de 10 de enero de 1986, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9440>].

Acto Legislativo 02 de 1.º de julio de 2015, “Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 49.560, de 1.º de julio de 2015, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62130>].

Acto Legislativo 02 de 27 de diciembre de 2004, *Diario Oficial*, n.º 45.774, de 27 de diciembre de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15519>].

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional*, n.º 54, 17 de abril de 1991.

Constitución de 30 de agosto de 1821, conocida como Constitución de Cúcuta, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13690>].

Constitución de 5 de mayo de 1830, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13692>].

Constitución de la Nueva Granada de 1.º de marzo de 1832, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13694>].

Constitución de la Confederación Granadina de 22 de mayo de 1858, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13697>].

Constitución Política de 1886, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>].

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, disponible en [<http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>].

CAPÍTULO TERCERO

EL ESTADO EN AMÉRICA LATINA COMO UN PROCESO SOCIAL EN CONSTRUCCIÓN

Determinar el origen del Estado depende de la teoría a la cual se circunscriba el investigador, por esta razón BERND MARQUARDT señala en su libro *Historia mundial del Estado* que existen varias teorías; una ubica el origen del Estado en la modernidad de Europa occidental, mientras que otras, señalan que el Estado surgió en la Edad Media o incluso varios siglos antes, situando los primeros Estados en la antigüedad¹³⁵. A esta última teoría es a la que circunscribe MARQUARDT, quien rechaza el profundo eurocentrismo que implica afirmar que el Estado surgió en Europa durante la modernidad.

Lo anterior, sirve para resaltar la necesidad de estudiar el origen del Estado en América Latina a partir de

135 BERND MARQUARDT. *Historia mundial del Estado: sociedades preestatales y reinos dinásticos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012, pp. 8 a 11.

paradigmas propios que tengan en cuenta el contexto particular de la región. Sin embargo, para determinar la existencia del Estado en América Latina es necesario recurrir a un concepto claro del término, lo cual, supone de modo inevitable apelar a la teoría europea sobre el origen del Estado en la Modernidad. Es ineludible, porque sobre aquella teorizaron grandes pensadores como NICOLÁS MAQUIAVELLO¹³⁶, THOMAS HOBES¹³⁷ y JOHN LOCKE¹³⁸ cuyos aportes son fundamentales para entender qué es el Estado. Precisamente, a esta corriente de pensamiento que afirma que el Estado nació en Europa durante la modernidad temprana, es a la que se circunscribe BERNARDO VELA ORBERGOZO, para quien el Estado trasciende la teoría de los tres elementos del mismo: territorio, población y poder político soberano propuesta por GEORG JELLINEK¹³⁹ y desarrollada por MAXIMILIAN KARL EMIL WEBER¹⁴⁰⁻¹⁴¹. De hecho, para VELA ORBERGOZO el Estado es un orden político que se forma con la concurrencia de cinco procesos desarrollados por WEBER, CHARLES TILLY¹⁴²,

136 Florencia, 3 de mayo de 1469-21 de junio de 1527.

137 Westport, 5 de abril de 1588-Derbyshire, UK, 4 de diciembre de 1679.

138 Wrington, UK, 29 de agosto de 1632-High Laver, UK, 28 de octubre de 1704.

139 Leipzig, 16 de junio de 1851-Heidelberg, 12 de enero de 1911.

140 Erfurt, Alemania, 21 de abril de 1864-München, 14 de junio de 1920.

141 MARQUARDT. *Historia mundial del Estado: sociedades preestatales y reinos dinásticos*, cit., p. 8.

142 Lombard, Illinois, 27 de mayo de 1929-New York, 29 de abril de 2008.

JÜRGEN HABERMAS, ERIC JOHN ERNEST HOBSBAWN¹⁴³, HERMANN HELLER¹⁴⁴ y JOHN MAYNARD KEYNES¹⁴⁵. Estos procesos son el monopolio de la fuerza legítima, la acumulación capitalista, la construcción de una identidad nacional, el sometimiento del poder al derecho y la intervención del Estado en la economía¹⁴⁶.

Así las cosas, para entrar en el análisis de la formación del Estado en América Latina tomaremos los anteriores cinco procesos como si se tratara –en términos de WEBER– de tipos ideales. Si asumimos que un tipo ideal es una representación utópica de un hecho que sirve para describir un proceso social¹⁴⁷, utilizaremos los anteriores procesos descritos por VELA ORBEGOZO como categorías de análisis para estudiar la formación del Estado en América Latina. Consideramos que el Estado en América Latina es un orden político en permanente construcción que busca consolidarse en cada una de las anteriores categorías de análisis.

143 Alejandría, Egipto, 9 de junio de 1917-Londres, 1.º de octubre de 2012.

144 Cieszyn, Polonia, 17 de julio de 1891-Madrid, 5 de noviembre de 1933.

145 Cambridge, UK, 5 de junio de 1883-Tilton, UK, 21 de abril de 1946.

146 BERNARDO VELA ORBEGOZO. “¿Estados modernos en América Latina? Algunos elementos teóricos para el análisis del orden político en los países de la región”, en PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO, MAGDALENA INÉS CORREA HENAO, NÉSTOR OSUNA PATIÑO y GONZALO RAMÍREZ CLEVES (eds.), *Gobierno y regímenes políticos*, Bogotá, Externado, 2017, p. 276.

147 XAVIER DE DONATO. “El carácter de los tipos ideales weberianos y su relación con las ciencias naturales”, en *Diánoia*, vol. LII, n.º 59, noviembre de 2007, disponible en [http://dianoia.filosoficas.unam.mx/files/9113/5967/4521/DIA59_Donato.pdf], p. 154.

Respecto de la monopolización de la fuerza legítima, VELA ORBEGOZO siguiendo a WEBER considera que “el Estado moderno se estableció cuando un príncipe monopolizó en su favor el poder político y lo impuso por la fuerza...” y continúa respecto de la guerra pacificadora al agregar que “...solo se convierte en dominación cuando es legítimo, esto es, cuando es aceptado por los gobernados porque se considera válido y necesario”¹⁴⁸. Nótese pues que, el Estado aparece como un agente pacificador de la sociedad, y de hecho fue así, pues los grandes pensadores de la modernidad europea escribieron en contextos conflictivos. Baste por ejemplo mencionar a HOBBS, quien al hablar del estado de naturaleza como un estado de guerra de todos contra todos –aparentemente describiendo la guerra civil inglesa– explica la necesidad de un contrato social para que las personas entreguen sus derechos a un monarca a cambio de seguridad y protección¹⁴⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, pareciera entonces que el Estado monopoliza la fuerza legítima cuando logra someter a los demás agentes que lo combaten y los súbditos la aceptan. Por esta razón, la colonización española fue un proceso violento que buscaba impo-

148 BERNARDO VELA ORBEGOZO. *Colombia no es una isla: una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global*, Bogotá, Externado, 2015, pp. 78 y 79.

149 ÁNGELA M. ARBELÁEZ HERRERA. “La Noción de Seguridad en Thomas Hobbes”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 39, n.º 110, enero-junio de 2009, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/281/236>], pp. 109 a 120.

ner su orden político en nuevos territorios. Al respecto, VELA ORBEGOZO señala que

... con la conquista se construyó un saber sobre el “nuevo mundo” basado en la *dicotomía simplificadora de “civilizado-bárbaro”*, que se expresó como un derecho de los europeos a *civilizar*, esto es, como una imposición violenta de la cultura europea...¹⁵⁰.

Para la época de la Conquista (s. xv), las sociedades americanas no habían domesticado el caballo, carecían de espadas de hierro y armas de fuego y la alimentación era baja en proteínas, por lo cual fueron inevitablemente sometidos por los conquistadores, quienes trasladaron la organización estamental europea a América¹⁵¹. La corona española instauró una estructura judicial, administrativa y religiosa propia que se vio reflejada en el establecimiento de cuatro virreinos: Nueva España, Perú –los más importantes en norte y sur respectivamente–, Nuevo Reino de Granada y Río de la Plata; los tres últimos ubicados en Suramérica. Además de la creación del derecho indiano, las audiencias reales, ciudades, la casa de la moneda y la imposición de la religión católica entre otras instituciones¹⁵². Lo anterior, como reflejo del poder de la monarquía sobre los nuevos territorios,

150 VELA ORBEGOZO. *Colombia no es una isla: una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global*, p. 95.

151 BERND MARQUARDT. *Historia mundial del Estado: el Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Bogotá, Temis, 2014, pp. 74 a 78.

152 *Ibíd.*, pp. 176 a 189.

convirtiendo a España en el sexto Estado más grande durante el siglo XVI e inicios del siglo XVII¹⁵³.

Ahora bien, los territorios de América Latina comenzarían a desprenderse del Estado español para iniciar un proceso de monopolización de la fuerza durante las guerras de independencia del primer cuarto del siglo XVIII, lo cual muestra la fragilidad de los procesos de legitimidad de la fuerza impuesta por los conquistadores. La crisis de la monarquía española causada por la invasión de JOSÉ BONAPARTE¹⁵⁴ a España y la captura del Rey FERNANDO VII¹⁵⁵ permitió que las élites americanas impulsadas por el pensamiento de la ilustración se organizaran en cabildos y juntas de Gobierno, en un primer momento para proclamar el rechazo a NAPOLEÓN, pero luego, progresivamente se declararon Estados soberanos en el transcurso de 1810 a 1825¹⁵⁶. Con la batalla de Ayacucho, Perú, el 9 de diciembre de 1824, se terminaría el enfrentamiento militar con España¹⁵⁷, lo cual supone una consoli-

153 *Ibíd.*, pp. 74 a 78.

154 Corte, Génova, 7 de enero de 1768-Floencia, 28 de julio de 1844.

155 San Lorenzo de El Escorial, 14 de octubre de 1784-Madrid, 29 de septiembre de 1833.

156 BERND MARQUARDT. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica: las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2016, pp. 70 a 74.

157 JOSÉ DEL POZO. *Historia de América Latina y del Caribe. Desde la independencia hasta hoy*, 2.^a ed. Corregida y aumentada, Santiago, LOM Ediciones, 2009, disponible en [<https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=Hzt0Nds7UkwC&oi=fnd&pg=PA5&dq=Espa%3B1a+reconoce+la+independencia+de+las+colonias+americanas&ots=ccSLx4SJWX&sig=qgfWA1xvRF5ultXyIJBWepeb4G4#v=onepage&q&f=false>], p. 45.

dación de la fuerza de los Estados emergentes. Ahora bien, es importante destacar que mientras gran parte de las colonias americanas obtenían su independencia, Inglaterra ratificó su soberanía sobre los territorios de Trinidad, Tobago y Santa Lucía, mientras que Francia lo hizo sobre la Guyana francesa¹⁵⁸.

Puede pensarse entonces que, el proceso de monopolización de la fuerza que se iniciaba basaba su legitimidad –en términos de WEBER– en un fundamento racional¹⁵⁹, en este caso, la teoría del contrato social y el control del poder impulsada durante la Revolución Francesa¹⁶⁰ que condujo a la lucha contra el despotismo, abogando por la igualdad y libertad de los seres humanos¹⁶¹, ideales que adoptaron los revolucionarios latinoamericanos. En otras palabras,

Su autopercepción de defender un derecho natural intocable, justificó un deber absoluto a la resistencia contra aquella tiranía que había presentado su cara sangrienta en la persona del pacificador [PABLO] MORILLO [Y MORILLO]¹⁶².

158 *Ibíd.*, p. 36.

159 VELA ORBEGOZO. *Colombia no es una isla: una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global*, cit., p. 79.

160 Asamblea Nacional 1789-golpe de Estado de NAPOLEÓN BONAPARTE, 1799.

161 VELA ORBEGOZO. “¿Estados modernos en América Latina? Algunos elementos teóricos para el análisis del orden político en los países de la región”, cit., p. 293.

162 MARQUARDT. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica: las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, cit., p. 96.

Ahora bien,

Tras los movimientos de independencia, va a haber una tendencia hacia la anarquía y a la preeminencia de los terratenientes que se constituyen en caudillos a nivel local, regional o nacional”¹⁶³.

A causa de ello, los Estados emergentes presentan una inestabilidad del poder político que se va a ver reflejada en la inexistencia de una identidad nacional, la cual se edificará en el transcurso de los años.

Respecto de la construcción de una identidad nacional como categoría de análisis para la formación del Estado, es pertinente mencionar que durante el proceso de independencia no existía una identidad nacional, sino que esta empezó a formarse luego de las guerras de independencia¹⁶⁴. El proceso de colonización impuso la cultura europea a través de la aniquilación de los aborígenes, el mestizaje y la explotación de indios y negros¹⁶⁵. MARQUARDT señala que la importación de esclavos negros y la conformación de la nobleza de las colonias por españoles, aztecas, mayas, muiscas e incas, generó una mezcla de culturas,

163 CARLOS JULIO BUITRAGO VALERO. “La formación del Estado latinoamericano: entre la dependencia externa y el colonialismo interno. (El modelo explicativo y analítico de Marcos Kaplan)”, *Revista Gráfica*, vol. II, n.º 1, enero-junio de 2014, pp. 82 a 94, disponible en [<http://revistas.fuac.edu.co/index.php/grafia/article/viewFile/509/488>], p. 89.

164 MARQUARDT. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica: las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, cit., p. 163.

165 VELA OBERGOZO. *Contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, Externado, 2012, p. 95.

razas y lenguajes que dificultó la homogenización. Sin embargo, luego de la independencia había una intención de integrar al campesinado indígena al pueblo del Estado, por lo cual, la política de homogenización consistió en quitar algunos privilegios otorgados por los españoles como las tierras comunales y establecer el aprendizaje del español como lenguaje oficial. En cambio, la población afrodescendiente era considerada como objetos sobre los que se ejercía la propiedad, pero progresivamente países como Chile (1823), Bolivia (1831), Uruguay (1842), Ecuador, Colombia (1851), Argentina (1853) y Perú (1854) entre otros fueron declarando abolida la esclavitud. Cabe destacar que, a pesar del reconocimiento de la ciudadanía a la población negra, siguieron viviendo en condiciones económicas lamentables, impidiendo el ejercicio de sus derechos como ciudadanos¹⁶⁶.

En relación con el sometimiento del poder al derecho, VELA ORBEGOZO resalta que

... el orden político ilustrado asumió su más decantada expresión institucional en lo que más tarde [IMMANUEL] KANT denominó como *Estado de derecho*, esto es un orden político fundado en el sometimiento del poder al derecho, en la división del poder y en el respeto de los derechos de los individuos que ha sido ampliamente divulgado por el *constitucionalismo liberal*¹⁶⁷.

166 CARLOS AGUDELO. "Movilizaciones afrodescendientes en América Latina. Una visión panorámica de algunas experiencias contra la exclusión y por el derecho a la identidad", *Colombia Internacional*, n.º 71, enero a junio de 2010, pp. 109 a 126, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/rci/n71/n71a06.pdf>], p. 104.

167 VELA ORBEGOZO. *Contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el siglo XIX*, cit. pp. 297 a 298.

Al observarse las primeras constituciones desarrolladas en el marco de las guerras de independencia, puede inferirse que estaban fuertemente influidas por el pensamiento liberal promovido por las revoluciones de Estados Unidos (1775-1783) y Francia (1789-1799). Estos documentos constitucionales se caracterizaban por establecer la soberanía nacional, el republicanismo, el presidencialismo como forma de Gobierno, la protección a algunos derechos fundamentales, garantías procesales en materia penal, libertades de propiedad e industria y el sufragio censitario (o restringido) entre otras características¹⁶⁸.

En cuanto a la acumulación capitalista de los Estados durante la Revolución Industrial¹⁶⁹, debe mencionarse que promueve el origen del Estado liberal. Según ADAM SMITH¹⁷⁰ el Estado debe proteger las libertades individuales potencializando la producción pero sin intervenir en el mercado¹⁷¹. Ahora bien, mientras la transformación de señores terratenientes a burgueses comerciantes conducía al origen del capitalismo que se expandía en Europa durante la modernidad¹⁷², los países latinoamericanos que acababan de

168 MARQUARDT. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica: las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, cit., pp. 169 y 170.

169 Reino Unido, 1760-1840.

170 Kirkcaldy, 16 de junio de 1723-Edimburgo, UK, 17 de julio de 1790.

171 VELA ORBEGOZO. "¿Estados modernos en América Latina? Algunos elementos teóricos para el análisis del orden político en los países de la región", cit., p. 297.

172 VELA ORBEGOZO. *Colombia no es una isla: una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global*, cit., p. 81.

conseguir su independencia arrastraron una política económica hacendaria, de extracción y dependencia que retardó la incursión en el modelo capitalista hasta el siglo xx¹⁷³. Sin embargo, debe destacarse que la progresiva apertura de la economía latinoamericana tuvo como consecuencia la exportación de productos sin intermediarios, la construcción de ferrocarriles, la apertura de bancos, la inversión en maquinaria y el aumento de trabajadores¹⁷⁴.

Para terminar, la intervención del Estado en la economía surge como respuesta a la desigualdad social generada por el modelo capitalista, en donde el equilibrio del mercado no se traducían en una situación de pleno empleo. Por esta razón, KEYNES afirmó que el Estado debía intervenir en la economía. Este postulado se trasladó a América Latina mediante el establecimiento de la Comisión Económica para América Latina –CEPAL– que propuso la sustitución de importaciones, el fortalecimiento de la industria interna y la planificación de los Gobiernos en la economía. Sin embargo, la debilidad de las democracias latinoamericanas y la elevada deuda externa condujeron al fracaso de las políticas intervencionistas. Además, con las disposiciones del Consenso de Washington el neoliberalismo se instaló en los Estados latinoamericanos acabando con el Estado interventor¹⁷⁵.

173 VELA ORBEGOZO. “¿Estados modernos en América Latina? Algunos elementos teóricos para el análisis del orden político en los países de la región”, cit., pp. 317 y 318.

174 DEL POZO. *Historia de América Latina y del Caribe. Desde la independencia hasta hoy*, cit., p. 34.

175 VELA ORBEGOZO. “¿Estados modernos en América Latina? Algunos

CONCLUSIONES

Como conclusión general puede decirse que el Estado en América Latina comienza a formarse con el proceso de monopolización de la fuerza legítima alrededor del siglo XVIII y el sometimiento del poder al derecho plasmado en los textos constitucionales de la independencia. No obstante, el pasado colonial es un obstáculo para la formación de una identidad nacional, el establecimiento del modelo capitalista sumado al éxito de las políticas intervencionistas del Estado. Aunque la identidad nacional de los Estados latinoamericanos se ha consolidado con los años, pareciera que en el aspecto económico la definición de las políticas de los Estados de América Latina continua dependiendo de directrices extranjeras, perpetuando la dependencia económica que caracterizó a los territorios americanos durante la Colonia. Este legado hace imposible la consolidación de Estados sociales de derecho en América Latina en la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO, CARLOS. "Movilizaciones afrodescendientes en América Latina. Una visión panorámica de algunas experiencias contra la exclusión y por el derecho a la identidad", *Colombia Internacional*, n.º 71, enero a junio de 2010, pp. 109 a 126, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/rci/n71/n71a06.pdf>].

elementos teóricos para el análisis del orden político en los países de la región", cit., pp. 301 y 324 a 329.

- ARBELÁEZ HERRERA, ÁNGELA M. “La Noción de Seguridad en Thomas Hobbes”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 39, n.º 110, enero-junio de 2009, pp. 97 a 124, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/281/236>].
- BUITRAGO VALERO, CARLOS JULIO. “La formación del Estado latinoamericano: entre la dependencia externa y el colonialismo interno. (El modelo explicativo y analítico de Marcos Kaplan)”, *Revista Grafía*, vol. II, n.º 1, enero-junio de 2014, pp. 82 a 94, disponible en [<http://revistas.fuac.edu.co/index.php/grafia/article/viewFile/509/488>].
- DE DONATO, XAVIER. “El carácter de los tipos ideales weberianos y su relación con las ciencias naturales”, en *Diánoia*, vol. LII, n.º 59, noviembre de 2007, pp. 151 a 177, disponible en [http://dianoia.filosoficas.unam.mx/files/9113/5967/4521/DIA59_Donato.pdf].
- DEL POZO, JOSÉ. *Historia de América Latina y del Caribe. Desde la independencia hasta hoy*, 2.ª ed. Corregida y aumentada, Santiago, LOM Ediciones, 2009, disponible en [<https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=Hzt0Nds7UkwC&oi=fnd&pg=PA5&dq=Espa%C3%B1a+reconoce+la+independencia+de+las+colonias+americanas&ots=ccSLx4SJWX&sig=qgfWA1xvRF5ultXyIJBWepeb4G4#v=onepage&q&f=false>].
- MARQUARDT, BERND. *Historia mundial del Estado: sociedades preestatales y reinos dinásticos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012.
- MARQUARDT, BERND. *Historia mundial del Estado: el Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Bogotá, Temis, 2014.
- MARQUARDT, BERND. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica: las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2016.

VELA ORBEGOZO, BERNARDO. *Contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, Externado, 2012.

VELA ORBEGOZO, BERNARDO. *Colombia no es una isla: una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global*, Bogotá, Externado, 2015.

VELA ORBEGOZO, BERNARDO. “¿Estados modernos en América Latina? Algunos elementos teóricos para el análisis del orden político en los países de la región”, en PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO, MAGDALENA INÉS CORREA HENAO, NÉSTOR OSUNA PATIÑO y GONZALO RAMÍREZ CLEVES (eds.), *Gobierno y regímenes políticos*, Bogotá, Externado, 2017.

CAPÍTULO CUARTO
EL ESTADO SEGÚN THOMAS HOBBS:
ANÁLISIS DE *EL LEVIATÁN*

JOSÉ ANTONIO LISÍMACO PARRA PARÍS señala como características fundamentales de la modernidad, la disolución de la comunidad y el surgimiento del individuo dentro de la sociedad, así como el establecimiento de nuevos vínculos entre los individuos. Lo anterior, se desenvuelve en un contexto conflictivo que motiva a THOMAS HOBBS¹⁷⁶ a desarrollar los fundamentos para garantizar la convivencia social¹⁷⁷. Dichos fundamentos, son plasmados en la obra *Leviatán: o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, y reflejan la visión de HOBBS sobre el deber ser de la organización de los individuos en el ámbito político

176 Westport, UK, 5 de abril de 1588-Derbyshire, UK, 4 de diciembre de 1679.

177 LISÍMACO PARRA PARÍS. "Thomas Hobbes: Entre el absolutismo y el liberalismo", en LUIS EDUARDO HOYOS (ed.). *Estudios de filosofía política*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y otra, 2004, p. 140.

y religioso para el logro de un fin superior: la paz. La consecución de este fin implica para el filósofo inglés entender en un primer momento al hombre como individuo, para luego analizar los vínculos entre los individuos, impregnados por lo que él denominó pasiones. En consecuencia, teniendo en cuenta la complejidad de la obra, pues puede ser analizada desde distintas disciplinas, para el desarrollo de este ensayo pretenderemos examinar ¿qué es *El Leviatán*?, ¿por qué surge el Estado? y ¿cuál es la función del Estado respecto de la libertad? desde la perspectiva de la filosofía del derecho.

Durante el desarrollo de la obra, HOBBS realiza constantes analogías religiosas para explicar sus ideas, una de ellas es *El Leviatán*. En la interpretación de CARL SCHMITT¹⁷⁸ sobre *El Leviatán* de HOBBS señala que:

Por el contrario, el Leviatán en tanto símbolo de unidad política no es un *corpus* cualquiera o un animal cualquiera, sino una imagen bíblica del Antiguo Testamento revestida a lo largo de muchos siglos de interpretaciones míticas, teológicas y cabalísticas. Es el monstruo marino que en los capítulos 40 y 41 del Libro de JOB es descrito como el más fuerte e indómito de los animales¹⁷⁹.

Teniendo en cuenta que desde la perspectiva religiosa el Leviatán es entendido como el animal más po-

178 Piettenberg, Alemania, 11 de julio de 1888-Nordrhein-Westfalen, Alemania, 7 de abril de 1985.

179 SCHMITT, CARL. *El Leviatán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*, México D. F., Fontamara, 2008, p. 54.

deroso de todos, resulta importante analizar dicha interpretación en el contexto de la teoría política de HOBBS. El autor inglés utiliza la figura mítica y poderosa del monstruo marino denominado Leviatán para explicar el Estado, la composición y finalidad del mismo. En las palabras de HOBBS:

... una multitud así unida en una persona es lo que llamamos Estado, en latín *Civitas*. De este modo se generaliza ese gran Leviatán, o mejor, para hablar con mayor reverencia, ese *dios mortal*, a quien debemos, bajo el *Dios inmortal*, nuestra paz y seguridad¹⁸⁰.

En otras palabras, el Leviatán es el Estado, es una persona ficticia creada por la voluntad de todos los súbditos. Sin embargo, esta persona ficticia se concretiza en el soberano. Al respecto, HOBBS señala que “Esta persona del Estado está encarnada en lo que se llama el soberano, de quien se dice que posee un *poder soberano*; y cada uno de los demás es su Súbdito”¹⁸¹. Así las cosas, puede observarse que en HOBBS el Estado se confunde con el soberano, a quien se le atribuyen las cualidades todopoderosas del monstruo marino denominado Leviatán.

Resuelto lo anterior, inevitablemente debemos preguntarnos ¿por qué surge el Estado?, ¿por qué es necesario atribuirle al soberano tantos poderes? En HOBBS los hombres son constantes enemigos mutuos que se encuentran en una posición original de-

180 THOMAS HOBBS. *Leviatán: o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza, 2011, pp. 156 y 157.

181 *Ibíd.*, p. 157.

nominada estado de naturaleza, ésta se traduce en un estado de guerra de todos contra todos en donde los hombres son guiados por sus pasiones y no hay leyes que los contengan¹⁸². Conviene mencionar la siguiente cita:

La naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en sus facultades de cuerpo y de alma, que aunque puede encontrarse en ocasiones a hombres físicamente más fuertes o mentalmente más ágiles que otros, cuando consideramos todo junto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan apreciable como para justificar el que un individuo reclame para sí cualquier beneficio que otro individuo no pueda reclamar con igual derecho¹⁸³.

Es decir, en el estado de naturaleza los hombres son iguales entre sí, por lo cual cuando desean la misma cosa se convierten en enemigos y desconfían unos de los otros. Por esta razón, para lograr la autoconservación utilizan la fuerza para someter a otros y destruirlos¹⁸⁴. De ahí que HOBBS concluye, “De todo ello queda de manifiesto que, mientras los hombres viven sin ser controlados por un poder común que los mantenga atemorizados a todos, están en esa condición llamada guerra, guerra de cada hombre contra cada hombre”¹⁸⁵. Nótese pues que la idea que subyace a lo anterior es el temor a la guerra, a un periodo de tiem-

182 PARRA PARÍS. “Thomas Hobbes: Entre el absolutismo y el liberalismo”, cit., p. 128.

183 HOBBS. *Leviatán: o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, cit., p. 113.

184 *Ibíd.*, p. 114.

185 *Ibíd.*, p. 115.

po violento en donde no hay seguridad, trabajo, cultivo de la tierra y la vida del hombre es asediada por la muerte¹⁸⁶.

Así las cosas, PARRA PARÍS señala que en el estado de naturaleza las pasiones del hombre están en permanente confrontación, en especial las que HOBBS denominó desconfianza, miedo y competencia. Para PARRA PARIS, estas tres pasiones terminan uniéndose en una, la conservación de sí mismo, la cual se potencializa en el tiempo por el miedo a morir que tienen los individuos¹⁸⁷. Puntualmente expresa el académico colombiano:

Es aquí en donde HOBBS, en una especie de salto mortal filosófico, reconoce que el derecho natural surge de la conjunción entre las pasiones (en particular el instinto de conservación), que pretenden perpetuarse a sí mismas fortaleciéndose cada vez más, y un cálculo que les pone freno pero que, a la vez, garantiza su permanencia. Es como si las pasiones se dieran cuenta de que para poder mantenerse como pasiones necesitan crear condiciones que les permitan subsistir a largo plazo. Para eso necesitan de un instrumento que les indique hasta dónde pueden llegar sin causar su propia destrucción; necesitan un 'cálculo de las pasiones': la razón¹⁸⁸.

Puede pensarse entonces que el hombre no puede liberarse de sus pasiones, pero éstas pueden ser reguladas mediante unas reglas básicas que permitan la

186 Ídem.

187 PARRA PARÍS. "Thomas Hobbes: Entre el absolutismo y el liberalismo", cit., p. 129.

188 Ídem.

convivencia entre los hombres, estas pautas básicas fueron denominadas por HOBBS “leyes de la naturaleza”. Luego “una ley natural, *lex naturalis*, es un precepto o regla general, descubierto mediante la razón, por el cual a un hombre se le prohíbe hacer aquello que sea destructivo para su vida o elimine los medios de conservarla”¹⁸⁹. Aún en el estado de naturaleza el hombre tiene miedo a la muerte, sin embargo busca su autoconservación mediante la fuerza privada. HOBBS reconoce que la utilización de la fuerza privada conlleva a la guerra, por lo cual establece la primera ley de la naturaleza: “Cada hombre debe procurar la paz hasta donde tenga esperanza de lograrla; y cuando no puede conseguirla, entonces puede buscar y usar todas las ventajas y ayudas de la guerra”¹⁹⁰.

Establecida la ley de la naturaleza fundamental que es lograr la paz, HOBBS plantea la segunda ley de la naturaleza:

que un hombre debe estar deseoso, cuando los otros lo están también, y a fin de conseguir la paz y la defensa personal hasta donde le parezca necesario, de no hacer uso de su derecho a todo, y de contentarse con tanta libertad en su relación con los otros hombres, como la que él permitiría a los otros en su trato con él.

De acuerdo a la interpretación de PARRA PARÍS, la anterior ley de la naturaleza constituye el contrato social, es decir, un contrato realizado por todos los

189 HOBBS. *Leviatán: o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, cit., p. 119.

190 *Ibíd.*, p. 120.

individuos que es motivado por la conveniencia y el autointerés de los asociados con el fin de lograr la paz y la seguridad. Por esta razón, el Estado nace como el tercer garante de ese contrato mediante el uso del poder coercitivo. De ahí que con la realización del contrato, los asociados aceptan como ley que la legitimidad del Estado consiste en lograr la paz y procurar la vida o en otras palabras, el cumplimiento de la ley natural¹⁹¹. En vocabulario de HOBBS,

... tiene que haber un poder coercitivo que obligue a todos los hombres por igual al cumplimiento de sus convenios [...] Un poder coercitivo así, no lo hay con anterioridad a la erección del Estado¹⁹².

En consecuencia, si los individuos entregan sus derechos voluntariamente al Estado representado en el soberano, para que a través de su poder garantice la seguridad y la paz, la pregunta que sigue es ¿existe libertad frente a ese gran Leviatán? De la lectura de la obra puede inferirse que HOBBS habla de dos tipos de libertades, la libertad corporal, que es estar exento de cualquier obstáculo físico que impida el movimiento del cuerpo, y la libertad de abstenerse de cumplir las leyes. Respecto de esta última es que HOBBS trata el asunto de la libertad de los súbditos¹⁹³. él es conocido como un defensor de los Estados monárquicos, de ahí

191 PARRA PARÍS. "Thomas Hobbes: Entre el absolutismo y el liberalismo", cit., pp. 130 y 131.

192 HOBBS. *Leviatán: o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, cit., pp. 131 y 132.

193 *Ibíd.*, p. 189.

que algunos académicos como JUAN DAVID RAMÍREZ ECHEVERRI consideren que “el Estado construido por HOBBS, además de ser absoluto, tiene un poder ilimitado, careciendo así el soberano de límites tanto naturales, como legales y teleológicos”¹⁹⁴.

De hecho, pareciera que HOBBS reconoce la interpretación que pueden tener sus ideas, al respecto resalta:

Y lo mismo que ARISTÓTELES, también CICERÓN y otros escritores han basado su doctrina civil en las opiniones de los romanos, a quienes se les enseñó a odiar la monarquía [...] Y leyendo a esos autores griegos y latinos, los hombres han adquirido desde su infancia, disfrazado con la falsa apariencia de libertad, el hábito de favorecer tumultos y de controlar irresponsablemente las acciones de sus soberanos, y hasta las de quienes controlan a éstos...¹⁹⁵.

En consecuencia, para HOBBS la libertad de los súbditos reside en todas aquellas cosas que no están reguladas por las leyes civiles dictadas por el soberano –por ejemplo, establecer acuerdos mutuos, comprar y vender, la escogencia del lugar para vivir, el oficio, la forma de educar a los hijos, etc.–¹⁹⁶. Además, señala que los hombres no están obligados a matarse a sí mismos ni a matar a otros hombres salvo que dicha acción frustré los fines para los que fue constituido el

194 JUAN DAVID RAMÍREZ ECHEVERRI. *Thomas Hobbes y el Estado absoluto: del Estado razón al Estado del terror*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2010, p. 69.

195 HOBBS. *Leviatán: o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, cit., p. 192.

196 *Ibíd.*, p. 189.

Estado, los hombres no están forzados a abandonar su derecho a defenderse de quienes quieren quitarle la vida, un súbdito tiene la libertad de hacerse súbdito del soberano vencedor cuando es prisionero de guerra o su vida queda en manos de aquél y los súbditos son libres cuando el soberano y sus herederos renuncian a la soberanía¹⁹⁷.

De lo anterior puede inferirse que existe un grado de libertad de los súbditos respecto del soberano, sin embargo ésta es solo aparente. Como señala RAMÍREZ ECHEVERRI

... aunque los súbditos estén facultados para no hacer algo, el soberano está igualmente facultado para ordenar cualquier cosa en contra de ellos. Por lo tanto, esta humanitaria limitación al poder es eliminada de inmediato dejando incólume el poder del soberano¹⁹⁸.

Luego, los súbditos tienen libertades siempre que no afecten los fines del Estado, pues en tal caso el soberano debe perseguir a dichos súbditos por amenazar la paz. A pesar de lo anterior, PARRA PARÍS considera que no existe una contradicción necesaria entre absolutismo y liberalismo en HOBBS, pues concuerda con el autor inglés en que el Estado no puede regular todas las conductas humanas y en este vacío hay cabida para una libertad inofensiva que es limitada por el derecho natural¹⁹⁹. Sin embargo, nos apartamos de esta

197 *Ibíd.*, pp. 121, 193 y 196.

198 RAMÍREZ ECHEVERRI. *Thomas Hobbes y el Estado absoluto: del Estado razón al Estado del terror*, cit., p. 69.

199 PARRA PARÍS. "Thomas Hobbes: Entre el absolutismo y el liberalismo", cit., p. 159.

última posición, pues si partimos de la base que el fin del Estado es la paz, el soberano como manifestación física del Estado debe ejercer los medios necesarios para conseguirla y mantenerla, lo cual siempre va a legitimar el uso de la fuerza contra el súbdito que el soberano considere una amenaza para el Estado. Es importante recordar que el soberano es un hombre o asamblea de hombres quienes están influidos por las pasiones humanas, lo cual es un peligro para la libertad de los súbditos cuando el poder se concentra en un solo hombre o grupo de personas.

Para concluir, conviene resaltar la actualidad de los postulados de THOMAS HOBBS sobre la organización social basados en la ficción de un contrato social que conlleva a la creación del Leviatán o Estado. Además de que su pensamiento sirvió de base para filósofos como JHON LOCKE²⁰⁰ o JEAN-JACQUES ROUSSEAU²⁰¹, y otros que conformarían la corriente contractualista dentro de las teorías del Estado, la idea de crear un ente superior encargado de garantizar la paz y la seguridad no ha podido ser superada. Los Estados modernos se organizan en torno a estos dos objetivos principales, de hecho, existe la tendencia a que los Estados se asocien para la creación de entidades supraestatales que buscan alcanzar la paz y la seguridad. De ahí que pareciera que estamos en la búsqueda

200 Wrrington, UK, 29 de agosto de 1632-High Laver, UK, 28 de octubre de 1704.

201 Ginebra, 28 de junio de 1712-Ermenonville, Francia, 2 de julio de 1778.

de un monstruo más grande que el Leviatán de HOBES.

BIBLIOGRAFÍA

HOBBS, THOMAS. *Leviatán: o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza, 2011.

HOYOS, LUIS EDUARDO (ed.). *Estudios de filosofía política*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y otra, 2004.

PARRA PARÍS, LISÍMACO. "Thomas Hobbes: Entre el absolutismo y el liberalismo", en LUIS EDUARDO HOYOS (ed.). *Estudios de filosofía política*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y otra, 2004.

RAMÍREZ ECHEVERRI, JUAN DAVID. *Thomas Hobbes y el Estado absoluto: del Estado razón al Estado del terror*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2010.

SCHMITT, CARL. *El Leviatán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*, México D. F., Fontamara, 2008.

CAPÍTULO QUINTO

LA UTILIZACIÓN INNECESARIA DE LA FÓRMULA DE RADBRUCH

I. LA FÓRMULA DE RADBRUCH Y LA VALIDEZ DEL DERECHO²⁰²

El jurista alemán GUSTAV LAMBERT RADBRUCH²⁰³ con-

202 Publicado originalmente en la *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. VII, n.º 14, julio-diciembre de 2016, pp. 79 a 102, disponible en [www.ilae.edu.co].

203 Lübeck, 21 de noviembre de 1878-Heidelberg, 23 de noviembre de 1949, filósofo del derecho alemán, provenía de una familia acomodada de la burguesía que profesaba el credo luterano, frente al cual mantuvo una posición crítica, aunque después aumentaron sus sentimientos religiosos al enfrentar al nazismo. Inició estudios de derecho en la Universidad de München, que luego prosiguió en la Universidad de Leipzig, donde fue alumno de KARL BINDING, a la par que era receptivo a la influencia de FRANZ VON LISZT que se desempeñaba como profesor en Berlín. Estudioso del derecho, la economía, la historia y la filosofía, fue sensible al socialismo liberal de LUJO BRENTANO y al pensamiento sociológico de MAX WEBER. Doctorado en Berlín, laboró como docente en las universidades de Heidelberg, Königsberg y Kiel. Contrario al positivismo analítico,

sideró que los actos realizados en Alemania durante el régimen de ADOLPH HITLER no podían quedar sin sanción aunque estuvieran autorizados por leyes impuestas durante la dictadura del nacionalsocialismo. Luego de la caída del régimen nazi en Alemania, RADBRUCH afirmó que el positivismo jurídico había permitido la aplicación de un derecho injusto que no conocía restricción alguna. En el texto “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”²⁰⁴ manifestó que cuando el derecho positivo entra en contradicción con la justicia y esta contradicción alcanza un nivel insoportable, el derecho debe ceder el paso a la justicia porque este derecho insoportablemente injusto no es derecho²⁰⁵. Lo anterior, fue conocido por el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal Alemán como la “fórmula de Radbruch”.

RADBRUCH promovía una ciencia jurídica sociológica y funcional, conectada a los intereses y a los problemas sociales. Fue concejal y ocupó varios cargos públicos en áreas de competencia social, además de oficial durante la Primera Guerra Mundial, sería arrestado en 1920 a raíz de una revuelta en el ejército alemán. Después fue electo miembro del Reichstag y ocupó en dos ocasiones el cargo de ministro de Justicia, para ser destituido por los nazis en 1933 del puesto que desempeñaba en la administración pública. Fue además perseguido y excluido de la universidad, a pesar de lo cual su único hijo murió en el frente ruso. Publicó *Einführung in die Rechtswissenschaft* (1910); *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1914); *Religionsphilosophie* (1919) con PAUL TILLICH; *Kulturlehre des Sozialismus* (1922); *Rechtsphilosophie* (1932); *Elegantiae iuris criminalis* (1938); *Gestalten und Gedanken* (1944); *Der Geist des englischen Rechts* (1946).

204 EN GUSTAV RADBRUCH. *Relativismo y derecho*, LUIS VILLAR BORDA (trad.), Bogotá, Temis, 1992.

205 RADBRUCH. “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, cit., p. 34.

ROBERT ALEXY destaca que la fórmula de Radbruch no requiere una coincidencia completa entre derecho y moral, ya que permite que el derecho promulgado y válido sea cumplido aunque sea injusto. Luego, según ALEXY, lo que hace la fórmula de Radbruch es imponer un límite extremo al derecho, el cual, una vez sobrepasado, hace perder al derecho su validez²⁰⁶. En otras palabras, RADBRUCH no desconoce que la seguridad jurídica del derecho positivo sea importante para el interés público y para la justicia, por lo cual afirma que en principio la ley –aunque injusta– debe cumplirse. Sin embargo, para él, el principal fin que debe perseguir el derecho es la justicia, cuando la seguridad jurídica y ésta última entran en contradicción, porque la aplicación del contenido de la norma positiva resulta insosteniblemente injusta con lo que la seguridad jurídica debe ceder a la justicia²⁰⁷.

Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que la fórmula de Radbruch se circunscribe al iusnaturalismo, ya que impone un grado de moralidad (insosteniblemente injusto) a partir del cual el derecho pierde su validez²⁰⁸. Esta afirmación cobra impor-

206 ROBERT ALEXY. "Una defensa de la fórmula de Radbruch", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 5, 2001, disponible en [<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf>], consultado el 10 de febrero de 2016, p. 76.

207 RADBRUCH. "Arbitrariedad legal y derecho suprallegal", cit., pp. 34 y 35.

208 ALF ROSS realiza una distinción entre tres significados de validez. El primero es usado "... para indicar si un acto jurídico, por ejemplo, un contrato, un testamento o una orden administrativa, tiene o no los efectos jurídicos deseados. Se dice que el acto es inválido, o nulo si no los tiene". El segundo dice que "... es usado en la teoría

tancia ya que la fórmula de Radbruch ha sido utilizada para argumentar la responsabilidad penal de autores de graves violaciones a los derechos humanos, como es el caso de los tribunales alemanes de la posguerra, el caso de los centinelas germano orientales del muro de Berlín y la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida que otorgaban amnistías a los responsables de la última dictadura militar en Argentina (1976-1983).

Para RADBRUCH la validez del derecho era un problema que no podía ser solucionado por el positivismo jurídico, dado que pertenecía a la esfera del deber ser del derecho. Luego, la validez del derecho no dependía de normas positivas sino más bien de un derecho supralegal, el cual se encontraba en el campo de la moral. Por esta razón, afirmó que: “la validez del derecho se basa en la moral, porque el fin del derecho se endereza hacia una meta moral”²⁰⁹. Esto último, hace suponer la existencia de un orden moral absoluto del cual el derecho, como orden jurídico, deriva su validez. Lo anterior, es ampliamente controvertido por el positivismo jurídico, en especial por KELSEN, BOBBIO y HART, quienes fueron los primeros positivistas en objetar la aplicación de la fórmula de Radbruch.

general del derecho para indicar la existencia de una norma o un sistema de normas” y finalmente el tercero establece que “... se usa para significar una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también la ‘fuerza obligatoria’ del derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente”. El segundo significado de validez es el que se asume en este trabajo.

209 GUSTAV RADBRUCH. *Introducción a la filosofía del derecho*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 56.

En principio, el positivismo jurídico encuentra su máxima expresión en lo planteado por KELSEN, para quien hay una diferencia conceptual entre el derecho y la moral. Para KELSEN el derecho y la moral se distinguen en cuanto el primero es un orden normativo coactivo y la moral es un orden social que carece de fuerza coactiva por lo que sus sanciones implican la aprobación o desaprobación de la conducta conforme a la norma moral²¹⁰. Por esta razón, en KELSEN la validez del derecho no está supeditada a la correspondencia de normas de derecho positivo con normas sociales de contenido moral, sino que la validez de las normas jurídicas implica que éstas hayan sido expedidas por las autoridades correspondientes, siguiendo los procedimientos establecidos en normas superiores y guardando concordancia con ellas²¹¹.

Es importante destacar que a pesar de que KELSEN separa la moral del derecho, afirma que existe una relación entre derecho y moral, pues existen normas morales que pueden corresponderse a la vez con normas de derecho positivo, sin embargo resalta que:

...la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia o de su falta de correspondencia con cierto sistema moral”²¹².

210 HANS KELSEN. *Teoría pura del derecho*, 16ª ed., México D. F., Porrúa, 2011, p. 75.

211 ELIAM CAMPOS BARRANTES. “La concepción kelseniana de la justicia”, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. XXXIX, n.º 98, julio-diciembre de 2001, disponible en la página [<http://inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XXXIX/No.%2098/La%20concepcion%20Kelsiana%20De%20La%20Justacia%20.pdf>], consultado el 13 de febrero de 2016, p. 106.

212 KELSEN. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 80.

Para KELSEN afirmar que un ordenamiento jurídico es justo o injusto solo puede hacerse conforme a una moral absoluta, lo cual resulta problemático ya que consiste en asumir la existencia de valores absolutos. En KELSEN, el relativismo moral implica que concurren distintos sistemas morales y nada puede ser catalogado como absolutamente bueno o malo, justo o injusto. Por lo cual, un sistema jurídico puede ser evaluado como justo o injusto, pero esto no le quita su carácter de jurídico²¹³.

En BOBBIO la justicia, la validez y la eficacia constituyen los tres criterios de valoración del derecho, los cuales representan el problema deontológico, ontológico y fenomenológico del derecho. BOBBIO, destaca que cada uno de los criterios de valoración es independiente del otro, por lo cual una norma puede ser válida pero no justa o puede ser justa sin ser válida o eficaz. Como se expresó con anterioridad, la fórmula de Radbruch implica que la validez del derecho se pierde cuando éste se transforma en un derecho insosteniblemente injusto. A este tipo de argumento que reduce la validez jurídica de la justicia BOBBIO lo llama reduccionismo, y considera que implica afirmar que la justicia es una verdad evidente, es decir, un valor universalmente válido. Al igual que KELSEN, BOBBIO es un relativista moral y niega la existencia de valores universalmente válidos, para él, determinar la validez del derecho es una cuestión empírico-racional que implica constatar primero si la norma fue expedida por una autoridad con el poder para expedir normas,

213 *Ibíd.*, p.78.

luego que la norma no haya sido derogada y finalmente comprobar que la norma no sea incompatible con las demás normas del sistema²¹⁴.

Ahora bien, como se mencionó al principio, RADBRUCH condenó la validez del derecho aplicado en Alemania durante el nazismo, argumentando que el positivismo jurídico alemán había permitido la comisión de crímenes durante el nacional socialismo. En sus palabras, “el positivismo, en efecto, con su punto de vista de que ‘ante todo hay que cumplir las leyes’, dejó inermes a los juristas alemanes frente a las leyes de contenido arbitrario e injusto”²¹⁵. Ciertamente, durante el régimen de HITLER, el positivismo jurídico había caído en una interpretación mecánica de la ley, situación que contribuyó a la evolución de la teoría del positivismo jurídico, no sin antes enfrentar fuertes críticas.

La interpretación mecánica de leyes alemanas que RADBRUCH consideraba inválidas desde su expedición por ser insoportable o exageradamente injustas, constituyeron una crítica fuerte al positivismo jurídico que los juristas debieron enfrentar en la posguerra. KELSEN, el principal representante del positivismo jurídico con su libro *Teoría pura del derecho*²¹⁶, reconocería posteriormente que

214 NORBERTO BOBBIO. *Teoría general del derecho*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2013, pp. 20 a 32.

215 GUSTAV RADBRUCH. “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en GUSTAV RADBRUCH, EBERHARD SCHMIDT y HANS WELZEL. *Derecho injusto y derecho nulo*, JOSE MARÍA RODRIGUEZ PANIAGUA (trad.), Madrid, Aguilar, 1971, p. 12.

216 HANS KELSEN. *Teoría pura del derecho*, 16.ª ed., ROBERTO J. VERENGO (trad.), México D. F., Editorial Porrúa, 2011.

desde el punto de vista de la ciencia jurídica, el derecho del régimen nazi es un derecho. Podemos lamentarlo, pero no podemos negar que eso era derecho²¹⁷.

En el mismo sentido, BOBBIO responde a las críticas hechas sobre el positivismo jurídico y las consecuencias del régimen nacionalsocialista. Conviene mencionar la siguiente cita:

Pero si nos preguntamos qué es en realidad el derecho, no podemos sino responder que en la realidad vale como derecho también el derecho injusto, y que no existe ningún ordenamiento que sea perfectamente justo²¹⁸.

Es decir, para BOBBIO la ciencia jurídica se encarga de estudiar el ser del derecho, lo que es el derecho en un determinado momento histórico y no lo que debería ser, mientras que la justicia constituye el ideal del derecho y, por ende, debe aceptarse que existe un derecho válido que es injusto.

Es evidente que la separación rotunda y contundente entre derecho y moral que se reflejaba en las tesis positivistas de KELSEN y BOBBIO permitían la exoneración de responsabilidad de los creadores y ejecutores del derecho nazi. En este mismo sentido, HART, frente a la necesidad de juzgar y sancionar a los autores de estos crímenes, insiste en la aplicación retroactiva de la ley, lo cual consistía un mal menor frente al mal mayor que era la exoneración de responsabi-

217 Ver cita en RADBRUCH. "Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes", cit., p. 77.

218 BOBBIO. *Teoría general del derecho*, cit., p. 28.

lidad²¹⁹. De igual forma, consideraba que la aplicación de la fórmula de Radbruch implicaba una confusión entre el derecho y la moral, lo cual ocasionaba problemas en la aplicación del derecho pues se dejan de aplicar normas jurídicas por considerarse moralmente inadecuadas. Con el objeto de no confundir estos dos términos, HART distingue dos conceptos de derecho, un concepto amplio y uno restringido. El amplio implica aceptar como derecho todas las reglas válidas según criterios formales del sistema aunque vayan en contra de la moral de la sociedad. El concepto de derecho restringido implica no considerar como derecho las reglas moralmente inadecuadas²²⁰.

Para HART, aceptar el concepto restringido de derecho, es decir, limitar la validez del derecho a criterios morales como el de justicia, no conduce a la protección contra las amenazas de un poder organizado. Al contrario, considera que se debe propender por el concepto amplio de derecho, ya que éste permite distinguir entre la validez de las normas y la obediencia a las mismas. Al respecto conviene mencionar la siguiente cita de HART:

Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el

219 HERBERT L. A. HART. *El concepto de derecho*, GENARO R. CARRIÓ (trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 261.

220 *Ibíd.*, p. 258.

sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral”²²¹.

De lo anterior, se infiere que para HART el problema de la obediencia al derecho no es un asunto que deba tratar la teoría del derecho sino más bien la moral.

Quizás el principal aporte de Hart sobre la relación entre derecho y moral es que defendía una separación conceptual entre derecho y moral, mientras que en forma paralela reconocía una conexión contingente pero no necesaria entre derecho y moral. En HART, la validez del derecho dependía de la correspondencia de las reglas del sistema jurídico respecto de la regla de reconocimiento, la cual proporcionaba criterios formales para identificar las demás reglas del sistema. La teoría de HART es conocida como positivismo suave o positivismo incluyente, a partir de la cual sostenía que la regla de reconocimiento puede o no contener criterios morales de validez, lo que en últimas implica es que la conexión entre derecho y moral es contingente dependiendo de lo que se incorpore en la regla de reconocimiento²²². Así por ejemplo, puede suceder que en un determinado ordenamiento jurídico se incorpore de manera expresa en la regla de reconocimiento a la justicia como un criterio de validez de las demás reglas del sistema, mientras que en otro ordenamiento jurídico se incorpore en la regla de

221 *Ibíd.*, p. 260.

222 ROBERTO M. JIMÉNEZ CANO. “Defensa al positivismo jurídico excluyente”, en *Isonomía*, n.º 39, octubre de 2013, disponible en [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia39/39_3.pdf], consultado el 13 de febrero de 2016, pp. 88 a 94.

reconocimiento criterios morales como la paz o –simplemente– no se incorpore ningún elemento moral.

Un argumento similar que defiende la relación contingente pero no necesaria entre derecho y moral, es la dada por RAÚL GUSTAVO FERREYRA. Al respecto, considera que

Los principios morales han sido positivizados. Los conceptos morales al ingresar a la Constitución que es norma jurídica, son ahora para el derecho, conceptos de derecho positivo. Ergo, derecho y moral no deben tener un significado necesariamente coincidente, aunque puede suceder²²³.

Ahora bien, no cualquier conjunto de valores entra a hacer parte del derecho, sino un conjunto de valores sobre los cuales existe un consenso²²⁴. Buen ejemplo de ello es la positivización de los derechos humanos, los cuales toman en consideración valores importantes para los seres humanos como la dignidad humana²²⁵, la vida y la igualdad entre otros.

En este punto es en donde podemos afirmar que el paso de un positivismo jurídico excluyente a uno incluyente a partir del cual se acepta que los valores morales eventualmente pueden ingresar al ámbito del derecho pero que pierden su carácter moral al

223 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013, p. 58.

224 *Ibíd.*, p. 213.

225 Ver acá a SANDRA ACERO SOTO. *La dignidad humana en un Estado social de derecho: ¿Valor natural o valor político?*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, 2016, disponible en [<http://www.ilae.edu.co/Publicaciones/libroselectronicos.php>].

ser positivizados, hace innecesaria la aplicación de la fórmula de Radbruch. Lo anterior, debido a que dicha fórmula, como afirma ALEXY, impone un límite moral al derecho, toda vez que el derecho pierde su validez cuando se transforma en un derecho insoportable o extremadamente injusto. Sin embargo, como se mostrará a continuación, el contenido de este límite moral fue determinado a partir de los derechos humanos los cuales, como mencionamos antes, son valores que han sido positivizados y han pasado a ser parte del sistema jurídico de muchos países. En últimas, consideramos que a partir de la existencia de los derechos humanos no debió negarse la validez de leyes consideradas en extremo injustas con base en criterios morales, sino conforme a la correspondencia de dichas leyes con los derechos humanos que han pasado a ser parte del derecho positivo.

II. EL PROBLEMA DEL DERECHO INSOPORTABLEMENTE INJUSTO

A. Los tribunales de posguerra y el caso de los centinelas germano orientales del muro de Berlín

Cuando se comienza el estudio de la fórmula de Radbruch, el problema más evidente es el de determinar qué debe entenderse por derecho insoportablemente injusto. RADBRUCH consideraba que el derecho era insoportablemente injusto cuando no se pretendía la justicia y se negaba la igualdad, la cual a la vez era

parte fundamental de la justicia²²⁶. Como se ve, esta definición de lo que debe entenderse por insoportablemente injusto resulta redundante e insuficiente. Sin duda, con análogo obstáculo se encontraron los tribunales de posguerra, el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal Alemán al utilizar dentro de sus argumentaciones jurídicas la fórmula de Radbruch. Ahora bien, lo que pretendemos demostrar es que este tipo de dificultades argumentativas no son necesarias porque detrás de la fórmula de Radbruch lo que se encuentra es la utilización de los derechos humanos que, si bien tienen un componente moral importante al ser positivizados, han entrado a constituir derecho y a ser obligatorios para los Estados.

Durante los años siguientes a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, los tribunales de posguerra no hicieron una remisión expresa y recurrente a la fórmula de Radbruch. Sin embargo, se puede observar cómo el positivismo jurídico se ve desplazado porque las argumentaciones jurídicas de los funcionarios judiciales se encuentran motivadas por elementos del derecho natural. Así pues, se despojó de validez al derecho nacionalsocialista y se fundamentaron condenas argumentando que era necesario lograr la justicia, que el derecho nazi era inhumano, arbitrario, que estaba en contra de principios jurídicos suprapositivos y del derecho natural, entre otros argumentos.

226 RADBRUCH. "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", cit., p. 35.

Buen ejemplo de lo anterior son los juicios de Núrnberg (20 de noviembre de 1945-1.º de octubre de 1946), en los cuales se vio un intento por parte de los juristas de realizar juicios conforme al derecho positivo para no violar el principio de legalidad. Algunos tipos penales como los crímenes contra la humanidad no se encontraban tipificados en el ordenamiento internacional para el momento en que sucedieron los hechos. Sin embargo, ante la necesidad de las naciones aliadas de lograr condenas para los nazis capturados, se argumentó que los nacionalsocialistas habían violado principios fundamentales de derecho reconocidos por todos los pueblos. Principios que ya existían al momento en que se habían cometido las conductas delictivas, por lo cual no se vulneraba el principio de irretroactividad de la ley²²⁷.

Otro ejemplo fue el sucedido en 1946, cuando los jurados de Thüringen conocieron el caso de un funcionario judicial que había denunciado a un hombre por escuchar emisoras extranjeras y escribir en un baño que HITLER era un asesino del pueblo y tenía la culpa de la guerra. Como la persona denunciada fue condenada a muerte por tentativa de alta traición, el fiscal del caso contra el denunciante argumentaba que no había existido tentativa de alta traición en cuanto el derecho bajo el cual aquél hombre había

227 KAI AMBOS y NILS MEYER-ABICH. "La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y real-socialistas en Alemania", *Revista Penal*, n.º 24, 2009, disponible en [<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/397/387>], consultado el 14 de febrero de 2016, p. 4.

sido condenado no era auténtico derecho. Los jurados del caso condenaron al denunciante a cadena perpetua por cooperación al asesinato. Para el tribunal de Thüringen los jueces que habían ordenado la muerte de una persona por expresar sus ideas en contra del régimen de HITLER y por escuchar emisoras extranjeras, habían actuado en contra del derecho y la razón por lo cual son culpables de asesinato²²⁸.

Eran comunes los casos en los cuales las personas, conforme a su formación nacionalsocialista, habían denunciado a opositores del régimen y como consecuencia inmediata eran condenadas a muerte. Ante esta situación, los tribunales alemanes reconociendo la necesidad de sancionar a los denunciantes recurrían a la fórmula de Radbruch como fundamento de sus sentencias con el objetivo de evitar la vulneración del principio de legalidad²²⁹.

De igual forma, ALEXY destaca el caso de la pérdida de la nacionalidad Alemana de un judío. En 1968 el Tribunal Constitucional Federal decidió sobre el caso de un abogado que en 1942 había sido deportado de Amsterdam y había perdido su nacionalidad de acuerdo al 11 Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich de 1941²³⁰. El Tribunal Constitucional Federal debía

228 RADBRUCH. "Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes", cit., pp. 4 a 9.

229 AMBOS y MEYER-ABICH. "La superación jurídico-penal de las injusticias ...", cit., p. 5.

230 Sobre esto, ver en detalle UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. *Enciclopedia del holocausto*, "La legislación anti-judía en la Alemania de la pre-guerra", Washington D. C., disponible en [<https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007419>].

determinar si el abogado había perdido la nacionalidad para resolver sobre una herencia. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Constitucional consideró que el mencionado decreto era nulo desde su expedición, porque contradecía principios fundamentales de justicia y dicha contradicción había alcanzado un nivel insoportable²³¹.

De acuerdo con los anteriores ejemplos, se infiere que se catalogaron de nulas muchas normas jurídicas con base en criterios morales que no estaban determinados mediante un consenso, sino que dependían del criterio judicial de los miembros de cada tribunal. Ahora bien, esta situación cambió cuando el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal Alemán decidieron sobre los homicidios cometidos por los centinelas germano orientales del muro de Berlín bajo el derecho vigente de la República Democrática Alemana –RDA–.

ROBERT ALEXY²³² realiza un análisis sobre la doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán en relación con los responsables de los homicidios de personas que intentaban cruzar el muro de Berlín desde oriente hacia occidente. Así, pues, en cuanto al caso de los centinelas germano orientales del muro de Berlín, señala que en la noche del 14 y 15 de febrero de 1972 un hombre intentó cruzar de Berlín oriental

231 ALEXY. "Una defensa de la fórmula de Radbruch", cit., pp. 77 y 78.

232 ROBERT ALEXY. "Derecho injusto, retroactividad, y principio de legalidad penal", en *Doxa - Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2000, disponible en [<http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-23---2000>], consultado el 15 de febrero de 2016, p. 198, tomado el 15 de febrero de 2016.

a Berlín occidental a través del río Spree. Cuando los dos guardias fronterizos de la RDA que se encontraban de guardia se dieron cuenta de aquel evento, comenzaron a disparar hasta que le causaron la muerte al fugitivo con un disparo en la cabeza.

ALEXY hace evidente que las actuaciones de los guardias fronterizos estaban autorizadas mediante el Reglamento de Servicio 30/60 del Ministerio para la Defensa Nacional de 1967. Este último, establecía que se vigilaba la frontera con el objetivo de protegerla, evitar el cruce de la misma y de detener o abatir a quien intentara hacerlo. En la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Territorial de Berlín en 1992, el Tribunal ponderó el derecho a la vida y la seguridad de la frontera. Como consecuencia, consideró que debe prevalecer el derecho a la vida de las personas que intentaban cruzar la frontera, más aún cuando no operaba la causal de justificación de la ley sobre las funciones y competencias de la policía popular, que consistía en abrir fuego cuando se estaba en presencia de un delito. A partir de lo anterior, los soldados fueron declarados culpables de homicidio. ALEXY destaca que en esta primera sentencia el tribunal fue cuidadoso de no aplicar de forma retroactiva la ley ni de argumentar que el derecho vigente de la RDA fuere injusto²³³.

En la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Supremo Federal en 1994, se confirmó la condena de primera instancia, sin embargo la argu-

233 *Ibíd.*, pp. 199 a 201.

mentación fue abiertamente distinta. Para el tribunal las muertes de las personas que intentaban cruzar se encontraban justificadas por el derecho vigente de la RDA, es decir, por la ley sobre las funciones y competencias de la policía popular alemana y el Reglamento de Servicio 30/60 del Ministerio para la Defensa Nacional. Ahora bien, ALEXY destaca que existió un esfuerzo argumentativo por parte del tribunal para eliminar la causal de justificación sin vulnerar el principio de irretroactividad. El tribunal eliminó la causal de justificación mediante la utilización explícita de la fórmula de Radbruch, considerando que el derecho vigente para la época no era válido por cuanto estaba en contra de mandatos elementales de justicia y los derechos humanos²³⁴.

ALEXY señala que ante la multiplicidad de significados que supone el derecho insoportablemente injusto o extremadamente injusto, el Tribunal Supremo Federal invoca la Declaración Universal de los Derechos Humanos²³⁵ como un punto de referencia por ser una certeza jurídica sobre el valor y la dignidad de las personas común a todos los países. Para el tribunal no se vulneraba el principio de irretroactividad por cuanto el derecho vigente de la RDA era el reflejo de la actuación contraria a los derechos humanos de aquel Estado, luego el derecho de la RDA no constituía verdadero derecho²³⁶.

234 *Ibíd.*, pp. 205 a 208.

235 Disponible en [<http://www.un.org/es/documents/udhr/>].

236 *Ídem.*

El caso llega hasta el Tribunal Constitucional Federal en donde se analiza la confrontación entre el uso de la fórmula de Radbruch y el principio de irretroactividad de la ley. El Tribunal Constitucional considera que el principio de irretroactividad es un principio fundamental del Estado de derecho que salvaguarda la justicia material y la confianza de los ciudadanos en el derecho. No obstante, esta protección dada por el principio de irretroactividad de la ley se ve reducida cuando un Estado ha dejado de lado todos los elementos que lo caracterizan como un Estado de derecho y actúa de forma injusta permitiendo la supresión o la vulneración de los derechos humanos. Así pues, el Tribunal Constitucional considera que las causales de justificación del derecho de la RDA no son válidas desde el momento en que se cometieron las conductas por vulnerar los derechos humanos²³⁷.

Como se ve, determinar el contenido de la fórmula de Radbruch, esto es, delimitar cuándo el derecho ha dejado de ser válido por ser insoportable o extremadamente injusto implica la aplicación recurrente de los derechos humanos. En este sentido, JULIÁN DÍAZ BARDELLI señala que los derechos humanos han pasado por un proceso de positivización que los ha transformado de ser recomendaciones a constituir obligaciones para los países. Así pues, en 1948, año de expedición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, éstos constituían a nivel internacional una recomendación para los países. Luego en 1970, la

237 AMBOS y MEYER-ABICH. "La superación jurídico-penal de las injusticias ...", cit., p. 13.

Corte Internacional de Justicia reconoció el carácter vinculante de dicha Declaración y en 1974 la RDA ratificó el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos²³⁸. De igual forma, la Constitución de la RDA establecía como obligatorias las reglas de derecho internacional que promueven la paz y la cooperación pacífica entre los pueblos²³⁹.

Por todo lo anterior se puede afirmar que luego de la positivización de los derechos humanos a través de los anteriores instrumentos, se hacía innecesaria la utilización de la fórmula de Radbruch por parte del Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal para justificar la responsabilidad penal de los centinelas germano orientales del muro de Berlín. En este punto, es importante resaltar que la mezcla entre la fórmula de Radbruch y los derechos humanos es un asunto que también tuvo relevancia dentro de las consideraciones de algunos jueces de la Corte Suprema de Justicia Argentina al decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida²⁴⁰.

238 Disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>].

239 JULIÁN DÍAZ BARDELLI. "El derecho 'supralegal' frente a graves violaciones de los derechos humanos", en *Lecciones y Ensayos*, n.º 88, 2010, disponible en [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-83-100.pdf>], consultado el 15 de febrero de 2016, pp. 90 y 91.

240 Sobre esto, ver en detalle CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. "Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son inconstitucionales. Síntesis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resuelve la inconstitucionalidad de las leyes del perdón", disponible en [http://www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf].

B. La fórmula de Radbruch en Argentina

Finalizada la dictadura militar de Argentina, durante la presidencia de RAÚL RICARDO ALFONSÍN, se dictaron las leyes 23.492 de 24 de diciembre de 1986²⁴¹ y 23.521 del 8 de junio de 1987²⁴² también conocidas como la Ley de punto final y la Ley de obediencia debida. La Ley de punto final implicaba la imposibilidad de interponer denuncias sobre hechos cometidos durante la dictadura luego de 60 días a partir de la promulgación de la misma. La Ley de obediencia debida introdujo modificaciones a la estipulación de obediencia debida señalada en la Ley 23.049 de 13 de febrero de 1984²⁴³. Como consecuencia de lo anterior, la obediencia debida que implicaba la presunción de inocencia no admitiría prueba en contrario, situación que benefició a altos miembros de las Fuerzas Militares²⁴⁴.

241 El texto completo de la ley disponible en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21864/norma.htm>].

242 El texto completo de la ley disponible en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21746/norma.htm>].

243 El texto completo de la ley disponible en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28157/norma.htm>].

244 ROBERTO CARLOS LÓPEZ. "Influencia de las leyes de punto final y obediencia debida, y su derogación, en las relaciones civiles-militares en la Argentina entre 1986 y 2006", en *Dialnet*, n.º 16, 2013, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4753042>], consultado el 17 de febrero de 2016, pp. 67 a 69.

Estas leyes permitían la impunidad sobre graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar en Argentina, por lo cual habían causado una gran inconformidad entre la sociedad de la época. Como consecuencia de lo anterior –y ante la reticencia de la comunidad internacional de aceptar indultos a los perpetradores de violaciones a los derechos humanos–, el Congreso Nacional decidió derogar las leyes de punto final y obediencia debida en 1998. Sin embargo, la derogación de las leyes no tenía efecto retroactivo²⁴⁵, lo que beneficiaba a militares que habían sido acogidos por dichas leyes, impidiendo la investigación de hechos delictivos. Finalmente, el 14 de junio de 2005, luego de arduas discusiones y teniendo en cuenta las decisiones de organismos internacionales que habían declarado la invalidez de las leyes de punto final y obediencia debida, la Corte Suprema de Justicia decidió declarar la inconstitucionalidad de las mismas²⁴⁶.

Por lo anterior, los jueces argentinos comenzaron a juzgar a los responsables de violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declara la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida es también conocida como el caso “Simon”²⁴⁷.

245 MARÍA JOSÉ GUEMBE. “La reapertura de los juicios por los crímenes en la dictadura militar argentina”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 3, 2005, disponible en [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180664452005000200008&script=sci_arttext&tlng=es], consultado el 20 de febrero de 2016, p. 125.

246 *Ibíd.*, pp. 131 a 133.

247 CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. “Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son inconstitucionales...”, cit.

Esta providencia judicial constituye un caso paradigmático no solo por declarar la inconstitucionalidad de las mencionadas leyes y permitir el juzgamiento de quienes habían sido indultados, sino también porque dentro de su argumentación jurídica se utiliza la fórmula de Radbruch.

En el caso “Simon” la referencia explícita a la fórmula de Radbruch aparece dentro de las consideraciones de los jueces EUGENIO RAÚL ZAFFARONI y RICARDO LORENZETTI, ambos con posiciones contradictorias sobre la remisión al derecho supralegal como criterio de validez del derecho. De las consideraciones del juez ZAFFARONI se deduce que no está de acuerdo con la apelación de un derecho supralegal para establecer límites a la validez del derecho. Así pues, afirma que

... el argumento iusnaturalista corre el riesgo de enredarse y terminar legitimando lo que la Ley 25.779 quiere descalificar de modo tan radical, pues reconocer injustos o ilícitos supraleales importa admitir también justificaciones supraleales y, con ello, entrar al debate de la llamada guerra sucia con el autoritarismo de la seguridad nacional, que también era una construcción supralegal, o sea que, aunque nadie lo haya desarrollado con ese nombre, se sostuvo la existencia de un aberrante derecho supralegal de seguridad nacional”²⁴⁸.

En otras palabras, para el juez ZAFFARONI, aplicar un derecho supralegal implica determinar qué debe en-

248 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Causa n.º 17.768, 14 de junio de 2005, disponible en [<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=586338>], p. 134.

tenderse por derecho natural o supralegal, situación en sumo compleja por la multiplicidad de significados que se pueden otorgar al término. Ahora bien, esta indeterminación de lo que debe entenderse por derecho natural o supralegal puede provocar el efecto contrario al perseguido por la Ley 25.779, esto es, derogar las leyes de punto final y de obediencia debida. Luego podrían terminarse utilizando criterios supralecales no solo para establecer límites a la validez del derecho en favor de la justicia, sino también para legitimar la arbitrariedad y permitir así la persecución, la retención y la desaparición indiscriminada de personas como sucedió por desgracia en la dictadura militar Argentina.

Conviene subrayar que para el juez ZAFFARONI no es necesario recurrir a la fórmula de Radbruch, que implica remitirse a un derecho supralegal para negar la validez de las leyes de punto final y obediencia debida, toda vez que existe un desarrollo internacional de los derechos humanos que ha sido incorporado a la Constitución Nacional de Argentina. De hecho, dentro de sus consideraciones ZAFFARONI realiza un recorrido sucinto sobre el grado de positivización de los derechos humanos a nivel internacional y nacional. Así, por ejemplo, señala que en principio la Declaración Universal de los Derechos Humanos no tenía un carácter obligatorio hasta que se incorporó en las constituciones de los países y tuvo un desarrollo internacional²⁴⁹. Todo lo anterior con el objetivo de concluir

249 *Ibíd.*, pp. 136 a 137.

que en la Constitución Argentina se encuentran incorporados los derechos humanos, por lo tanto, luego no es necesario recurrir a criterios problemáticos como el de derecho supralegal para determinar la validez de las leyes de amnistía.

En relación al principio de legalidad de la ley penal, ZAFFARONI señala que no existió un quebrantamiento del mencionado principio en cuanto la Convención Americana de Derechos Humanos fue ratificada en 1984 y durante el mismo año, se reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Luego, las leyes de punto final y obediencia debida expedidas por el Congreso nacional en 1986 y 1987 constituyen actos violatorios de los derechos establecidos previamente en la Convención antes citada²⁵⁰.

La posición del juez LORENZETTI sobre la apelación a un derecho supralegal es abiertamente contraria a la del juez ZAFFARONI. Para LORENZETTI

... las leyes de amnistía tienen un límite moral, y está dado por la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad, conforme se ha dicho, porque si se pretende forzar a “olvidar” y a perdonar los agravios proferidos a los significados profundos de la concepción humana, si los delitos atroces quedan impunes, la sociedad no tiene un futuro promisorio porque sus bases morales estarán contaminadas²⁵¹.

250 *Ibíd.*, p. 138.

251 *Ibíd.*, p. 169.

Resulta pues evidente que para LORENZETTI las leyes de punto final y obediencia debida transgredían ese límite moral, por lo cual no era posible aceptar la permanencia de las mismas dentro del sistema jurídico.

Sin embargo, llama la atención que en forma paralela haga referencia a la positivización de los derechos humanos dentro de la Constitución de Argentina, afirmando que los tratados sobre derechos humanos se encuentran incorporados mediante el inciso 22 artículo 75 de la Constitución nacional²⁵². Así pues, estos tratados como fuentes de derecho deben ser interpretados conforme al principio de legalidad para proveer seguridad jurídica propia del Estado de derecho. LORENZETTI reconoce que la remisión a un derecho supralegal supone peligros para el principio de legalidad en cuanto el derecho supralegal o derecho natural admite múltiples interpretaciones. No obstante, señala que este peligro se ve disminuido en cuanto los derechos humanos que constituyen el derecho supralegal se han venido positivizando en las constituciones y en la esfera internacional²⁵³.

LORENZETTI señala que en el derecho las proposiciones normativas tienen una pretensión de verdad o corrección que las vincula con la visión ética del derecho. Lo anterior permite afirmar que el legislador puede dictar leyes que resultan en extremo contrarias

252 Disponible en [<http://www.senado.gov.ar/Constitucion/atribuciones>].

253 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Causa n.º 17.768, cit., pp. 162 a 164.

a la justicia y que las personas no deben obedecer. Para LORENZETTI la fórmula de Radbruch se encuentra dentro de las pretensiones de verdad o corrección de las proposiciones normativas que sirven para argumentar que una ley por ser extremadamente injusta no debe ser considerada válida. Lo anterior, sin que implique una vulneración al principio de legalidad, ya que LORENZETTI siguiendo los fallos del Tribunal Constitucional Federal de Alemania considera que los principios básicos de derechos humanos existen desde antes de la realización de los actos considerados delictivos²⁵⁴.

Conviene subrayar que de las consideraciones del juez LORENZETTI sobre la utilización de la fórmula de Radbruch se advierten argumentos que son contradictorios desde una visión positivista del derecho. En primer lugar, porque LORENZETTI afirma que las leyes de amnistía tienen un límite moral que se ubica en la imposibilidad de otorgar amnistía sobre delitos de lesa humanidad. Es decir, que las leyes de amnistía carecen de validez cuando no tienen correspondencia con un derecho supralegal de contenido moral. Sin embargo, en un segundo momento, LORENZETTI identifica al derecho supralegal con los derechos humanos, situación que le permite llegar a la conclusión de que las leyes de punto final y obediencia debida son inconstitucionales por estar en contra de los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución Argentina.

254 *Ibíd.*, pp. 165 y 166.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Positivistas como Kelsen, Bobbio y Hart que enfrentaron las críticas dirigidas al positivismo jurídico por permitir –como se supuso– la aplicación de un derecho injusto en Alemania, guardan un argumento en común que es la separación conceptual del derecho y la moral. Si bien es cierto que el positivismo jurídico permite la validez de normas que pueden ser consideradas moralmente injustas, hacer corresponder la validez de éstas con un derecho supralegal abre el camino a que problemas morales sean respaldados por el derecho. Así, por ejemplo, pueden expedirse leyes que se fundamenten en prejuicios y limiten los derechos de las personas.

El derecho, al ser una creación del hombre²⁵⁵, no está exento de ser arbitrario o injusto, sin embargo, seguir la tesis de Radbruch no protege a la humanidad de la arbitrariedad en que puede recaer el derecho. Buen ejemplo de ello es que cuando Hitler estuvo en el poder, existía una uniformidad de pensamiento que se reflejaba en el derecho, en la moral, en la cultura y en los demás aspectos sociales de Alemania. La incorporación de la moral como fuente de validez del derecho llevó a la expedición de leyes arbitrarias. Así, pues, resalta Hans Welzel, seguidor de Radbruch,

255 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. "Enfoque sobre el mundo jurídico. Constitución y Derechos Fundamentales", en *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.º 2, 2010, disponible en [<http://www.cecoch.cl/website/www.cecoch.cl/uploads/pdf/revistas/2010-2/articulo15.pdf>], consultado el 24 de febrero de 2016, p. 565.

que HITLER dictó leyes citando como auténticas fuentes del derecho términos tales como recursos morales del pueblo, principios éticos del derecho, el espíritu objetivo o el espíritu del pueblo²⁵⁶. Estas leyes se fundamentaron en unos valores morales sobre los que existía consenso en un determinado momento histórico en ese país, lo que generó los mayores crímenes en contra de seres humanos indefensos.

Sin embargo, el panorama no es tan desolador, pues el derecho se caracteriza por ser de carácter variable, situación que se traduce en buscar dar respuesta a la realidad de la sociedad. En este sentido, FERREYRA señala que

El derecho es una realización cultural, es decir, resultado de la actividad del hombre. Sin embargo la historia exhibe que los seres humanos, muchas veces, han probado que la irracionalidad, tanto en la producción como en la realización del derecho, demuestra que el hombre puede construir la cultura y también destruirla²⁵⁷.

Así pues, los derechos humanos surgen luego de un periodo histórico de gran arbitrariedad permitida por el derecho positivo, por lo cual pretenden salvaguardar ciertos valores importantes para los seres humanos. Con la evolución del derecho internacional, los derechos humanos se positivizan en las constituciones de los diferentes Estados convirtiéndose en límites de los actos estatales.

256 HANS WELZEL. "El problema de la validez del derecho", en RADBRUCH, SCHMIDT y WELZEL. *Derecho injusto y derecho nulo*, cit., p. 111.

257 FERREYRA. "Enfoque sobre el mundo jurídico...", cit., p. 568.

Por las características del contenido de los derechos humanos, son con frecuencia utilizados por los distintos tribunales para justificar la invalidez de normas jurídicas proferidas bajo regímenes políticos y militares. Ahora bien, de los ejemplos descritos antes se desprende que los tribunales, al aplicar la fórmula de Radbruch, terminan por aplicar los derechos humanos cuando las normas resultan en extremo injustas y permiten la impunidad. Como consecuencia de lo anterior, al igual que DÍAZ BARDELLI, pensamos que se hace innecesaria cualquier referencia a la fórmula de Radbruch, ya que el derecho positivo, a través de los derechos humanos, permite invalidar normas que acolitan la impunidad²⁵⁸⁵⁶.

BIBLIOGRAFÍA

ACERO SOTO, SANDRA. *La dignidad humana en un Estado social de derecho: ¿Valor natural o valor político?*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, 2016, disponible en [<http://www.ilae.edu.co/Publicaciones/libroselectronicos.php>].

ALEXY, ROBERT. "Derecho injusto, retroactividad, y principio de legalidad penal", en *Doxa - Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2000, disponible en [<http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-23---2000>], consultado el 15 de febrero de 2016.

ALEXY, ROBERT. "Una defensa de la fórmula de Radbruch", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 5, 2001, disponible en [<http://ruc.udc.es/dspace/bits->

258 DÍAZ BARDELLI. "El derecho 'supralegal' frente a graves violaciones de los derechos humanos", cit., p. 93.

- [tream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf](#)], consultado el 10 de febrero de 2016.
- AMBOS, KAI y NILS MEYER-ABICH. “La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania”, *Revista Penal*, n.º 24, 2009, disponible en [<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/397/387>], consultado el 14 de febrero de 2016.
- BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del derecho*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2013.
- CAMPOS BARRANTES, ELIAM. “La concepción kelseniana de la justicia”, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. XXXIX, n.º 98, julio-diciembre de 2001, disponible en [<http://inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XXXIX/No.%2098/La%20concepcion%20Kelsiana%20De%20La%20Justicia%20.pdf>], consultado el 13 de febrero de 2016.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. “Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son inconstitucionales. Síntesis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resuelve la inconstitucionalidad de las leyes del perdón”, disponible en [http://www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf].
- DÍAZ BARDELLI, JULIÁN. “El derecho ‘supralegal’ frente a graves violaciones de los derechos humanos”, en *Lecciones y Ensayos*, n.º 88, 2010, disponible en [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-83-100.pdf>], consultado el 15 de febrero de 2016.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. “Enfoque sobre el mundo jurídico. Constitución y Derechos Fundamentales”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.º 2, 2010, disponible en [<http://www.cecoch.cl/website/www.cecoch.cl/uploads/pdf/revistas/2010-2/articulo15.pdf>], consultado el 24 de febrero de 2016.

- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013.
- GUEMBE, MARÍA JOSÉ. “La reapertura de los juicios por los crímenes en la dictadura militar argentina”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 3, 2005, disponible en [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180664452005000200008&script=sci_arttext&tlng=es], consultado el 20 de febrero de 2016.
- HART, HERBERT L. A. *El concepto de derecho*, GENARO R. CARRIÓ (trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- JIMÉNEZ CANO, ROBERTO M. “Defensa al positivismo jurídico excluyente”, en *Isonomía*, n.º 39, octubre de 2013, disponible en [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia39/39_3.pdf], consultado el 13 de febrero de 2016.
- KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, 16.ª ed., México D. F., Porrúa, 2011.
- LÓPEZ, ROBERTO CARLOS. “Influencia de las leyes de punto final y obediencia debida, y su derogación, en las relaciones civiles-militares en la Argentina entre 1986 y 2006”, en *Dialnet*, n.º 16, 2013, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4753042>], consultado el 17 de febrero de 2016.
- NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, disponible en [<http://www.un.org/es/documents/udhr/>].
- NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>].
- RADBRUCH, GUSTAV. *Introducción a la filosofía del derecho*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1965.

RADBRUCH, GUSTAV. *Relativismo y derecho*, LUIS VILLAR BORDA (trad.), Bogotá, Temis, 1992.

RADBRUCH, GUSTAV; EBERHARD SCHMIDT y HANS WELZEL. *Derecho injusto y derecho nulo*, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA (trad.), Madrid, Aguilar, 1971.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. *Enciclopedia del holocausto*, “La legislación anti-judía en la Alemania de la pre-guerra”, Washington D. C., disponible en [<https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007419>].

WELZEL, HANS. “El problema de la validez del derecho”, en GUSTAV RADBRUCH, EBERHARD SCHMIDT y HANS WELZEL. *Derecho injusto y derecho nulo*, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA (trad.), Madrid, Aguilar, 1971

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Constitución Nacional Argentina, disponible en [<http://www.senado.gov.ar/Constitucion/atribuciones>].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Causa n.º 17.768, 14 de junio de 2005, disponible en [<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=586338>].

Ley 23.049 de 13 de febrero de 1984, disponible en [<http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/25000-29999/28157/norma.htm>].

Ley 23.492 de 24 de diciembre de 1986, disponible en [<http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/20000-24999/21864/norma.htm>].

Ley 23.521 del 8 de junio de 1987, disponible en [<http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/20000-24999/21746/norma.htm>].

CAPÍTULO SEXTO

EL PLEBISCITO Y LOS RIESGOS DEMOCRÁTICOS

La idea preliminar sobre democracia recuerda las célebres palabras del decimosexto Presidente de los Estados Unidos de América, ABRAHAM LINCOLN²⁵⁹, quien el 19 de noviembre de 1863 expuso en el discurso de Gettysburg: “la democracia es el Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”²⁶⁰. Nótese pues que estas palabras expresan la necesidad de mantener la unidad del pueblo, muy necesaria en aquellos momentos en los que se desarrollaba la guerra civil estadounidense. Pareciere entonces que el Gobierno del pueblo, es decir la democracia, construye, *per se*,

259 Hodgenville, Kentucky, 12 de febrero de 1809-Washington D. C., 15 de abril de 1865.

260 Ver cita en GUSTAVO ERNESTO EMMERICH y VÍCTOR ALARCÓN OLGUIN. *Tratado de Ciencia Política*, México, Anthropos Editorial, 2007, p. 114. Se puede ver el texto completo en ABRAHAM LINCOLN. *El pronunciamiento de Gettysburg*, Smithsonian National Museum of American History. Kenneth E. Behring Center, disponible en [http://amhistory.si.edu/docs/GettysburgAddress_spanish.pdf].

sociedades buenas y exitosas. En palabras de JEAN-JACQUES ROUSSEAU “La voluntad general es siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública”²⁶¹. Partir de esta idea, puede significar que las mayorías no se equivocan, lo cual implica una exclusión de las minorías, por esta razón, se ha tildado a ROUSSEAU como un favorecedor del totalitarismo²⁶².

Esta idea de democracia roussoniana a partir de la cual la decisión de las mayorías es lo mejor para la sociedad, es errónea, de hecho, hasta peligrosa. Por esta razón, ALEXANDER HAMILTON²⁶³, JAMES MADISON²⁶⁴ y JOHN JAY²⁶⁵ en su diseño de la democracia, mantenían un temor profundo por las mayorías facciosas. En la serie de artículos publicados bajo el título de *El Federalista*²⁶⁶ los anteriores autores defendieron la Constitución de Filadelfia de 1787. Especialmente en *El Federalista* número X implantaban “La utilidad de la Unión como salvaguardia contra las facciones y las insurrecciones locales”²⁶⁷. Luego, se buscaba evitar la

261 Ver cita en DAMIÁN PACHÓN SOTO. “Rousseau y el totalitarismo”, *Analecta Política*, vol. 5, n.º 6, enero-junio de 2014, Universidad Pontificia Bolivariana, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/analecta/article/view/2436/2126>].

262 *Ibid.*, p. 50.

263 San Cristóbal y Nieves, 11 de enero de 1757-Greenwich Village, NY, 12 de julio de 1804.

264 Belle Grove, Port Conway, 16 de marzo de 1751-Orange, Virginia, 28 de junio de 1836.

265 Nueva York, 23 de diciembre de 1745-Bedford, NY, 17 de mayo de 1829.

266 ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON y JOHN JAY. *El Federalista*, Librodot, disponible en [<https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/danielcassidyforld24/pages/1/attachments/original/1418716919/El-Federalista.pdf?1418716919>].

267 ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON y JOHN JAY. “The federal-

creación de grupos permanentes de personas cuyos intereses fueran contrarios al bienestar general o a las minorías²⁶⁸.

Dicho de otro modo, las democracias son peligrosas pues aceptar la voluntad de la mayoría tiene como consecuencia inmediata negar a la minoría. Ahora bien, esto invita a reflexionar en torno a si todos los temas de interés general deben ser sujetos a la opinión o decisión del ente soberano denominado pueblo. La verdad es que no, a pesar de que existe la idea de que las decisiones adoptadas por la mayoría son las mejores para el bienestar de una sociedad porque cuentan con mayor legitimidad, lo cierto es que existen determinados temas que por su importancia, no pueden estar sujetos a la legitimidad de la mayoría, pues esto ocasiona consecuencias negativas en términos jurídicos y políticos.

Por esta razón LUIGI FERRAJOLI sostiene que

si queremos que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal²⁶⁹.

ist Papers", CLINTON ROSSITER (ed.), Nueva York, Penguin Group, 1961.

268 DANIEL BLANCH. "El federalista, de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay", *Foro Interno. Anuario de Teoría Política*, vol. 9, disponible en [<http://revistas.ucm.es/index.php/FOIN/article/view/FOIN0909110129A/7781>].

269 LUIGI FERRAJOLI. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Externado, 2000, p. 362.

y antiguos del país. El panorama era incierto, no se sabía si los negociadores del Gobierno y de las FARC se levantarían de la mesa de negociaciones o continuarían, y si no había más negociación entonces, ¿el conflicto armado continuaba en la selva?. Eran muchas las preguntas.

Con el paso de los días, el escenario se fue aclarando y aparecieron análisis sobre los resultados del plebiscito del 2 de octubre. En este punto, es importante resaltar tres aspectos: el primero, el nivel de abstención de los ciudadanos. En segundo lugar, la posición de las víctimas, que aunque son muchas en nuestro país, son un grupo minoritario comparadas con quienes no son víctimas y viven en las principales ciudades. Finalmente, en tercer lugar, la desinformación del electorado y la polarización frente a la paz. Estos tres aspectos reflejan algunas de las falencias de la democracia en Colombia que afectaron de manera negativa la aprobación de los acuerdos de paz.

La abstención en el plebiscito fue del 63%, con cierta razón se pregunta CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO, Director de *Dejusticia*, “¿Cómo interpretar ese silencio cuando los que fueron a las urnas están divididos en mitades y se disputan el futuro de la paz?”²⁷². Según RODRÍGUEZ GARAVITO, el Estado no garantizó medidas eficaces para que las personas ejercieran el derecho al voto. Hubo obstáculos en la movilización y en la dis-

272 CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO. “La cara oculta de la abstención”, *Revista Semana*, 11 de octubre de 2016, disponible en [<http://www.semana.com/opinion/articulo/abstencion-en-el-plebiscito-por-la-paz-analisis-de-cesar-rodriguez/498706>].

posición de las urnas en aquellos territorios más afectados por el conflicto, lo cual generó la abstención de algunas víctimas. Sin embargo, parece ser que estos obstáculos técnicos no son la única causa, hay muchas más aun sin estudiar, quizás la más importante, el desinterés de algunos ciudadanos. En últimas, como señala RODRIGO UPRIMNY YEPES,

... somos un país polarizado entre los ciudadanos más activos, frente a una gran mayoría de ciudadanos silenciosos, que son apáticos o están desconcertados²⁷³.

Lo anterior, pone de presente la posición de las víctimas respecto a los acuerdos de paz. Podría pensarse que la posición de las víctimas es la más importante, pues son el grupo poblacional afectado por el conflicto y en últimas, tienen mayor legitimidad para opinar sobre el tema. Las encuestas señalan que en los territorios afectados por el conflicto gana el sí²⁷⁴, es

273 RODRIGO UPRIMNY YEPES. "Aclaraciones para la paz", *El Espectador*, 7 de octubre de 2016, disponible en [<http://www.elespectador.com/opinion/opinion/aclaraciones-para-la-paz-columna-659282>].

274 Bojaya, Chocó: Sí: 96%, No: 4%; Caloto, Cauca: Sí: 72,9%, No: 27%; Cajibío, Cauca: Sí: 71,1%, No: 28%; Miraflores, Guaviare: Sí: 85%, No: 14%; Silvia, Cauca: Sí: 73%, No: 23%; Barbacoas, Nariño: Sí: 73%, No: 26%; Tumaco, Nariño: Sí: 71%, No: 28,8%; San Vicente del Caguán, Caquetá: Sí: 62%, No: 37%; Apartadó, Antioquia: Sí: 52%, No: 47%; Mitú, Vaupés: Sí: 77%, No: 22%; Valle del Guamuez, Putumayo: Sí: 86%, No: 13%; La Macarena, Meta: Sí: 73%, No: 39%; Puerto Asís, Putumayo: Sí: 57%, No: 42%; Turbo, Antioquia: Sí: 56%, No: 43%. Ver en "Las víctimas votaron por el sí", *Revista Semana*, 2 de octubre de 2016, disponible en [<http://www.semana.com/nacion/articulo/plebiscito-por-la-paz-victimas-del-conflicto-votaron-por-el-si/496571>].

decir que las víctimas estaban de acuerdo con la finalización del conflicto armado según lo establecido en los acuerdos. Sin embargo, fueron los ciudadanos que habitan las principales capitales del país quienes terminaron decidiendo por la paz de Colombia. Con cierta razón afirma RODRÍGUEZ GARAVITO

Es cierto: habló la democracia, prevaleció el No y hay que revisar los acuerdos. Pero los mapas del día muestran que el triunfo fue también el de las ciudades sobre el campo, el de quienes no han vivido de cerca la violencia sobre los que han sido sus mayores víctimas²⁷⁵.

La desinformación del electorado y la polarización frente a la paz fue el obstáculo más evidente para la aprobación de los acuerdos de paz mediante el plebiscito. Es importante tener en cuenta que

Las desigualdades sociales, sólo por existir, generan tensiones internas difíciles de ser superadas políticamente. La pobreza es, además, un buen alimento para demagogos y populistas de todas las especies, y ningún Gobierno puede aspirar a una segura estabilidad en esas condiciones²⁷⁶.

Colombia es un país demográfica y geográficamente diverso, lo cual asienta las desigualdades sociales, se percibía la desinformación del electorado en torno a

275 RODRÍGUEZ GARAVITO. "La cara oculta de la abstención", cit.

276 FERNANDO MIREZ. "Los diez peligros de la democracia en América Latina", *Cuadernos del Cendes*, vol. 23, n.º 61, enero-abril de 2006, Universidad Central de Venezuela, disponible en [<http://www.re-dalyc.org/articulo.oa?id=40306102>].

los temas de los acuerdos de paz. Esto último, combinado con la polarización política frente a la paz y los acuerdos de paz transformó al electorado en un electorado desinformado y guiado por emociones en torno a la paz y la justicia.

Para finalizar, es conveniente mencionar que la democracia implica riesgos, pues da lugar a equívocos, de ahí que el mismo sistema jurídico desarrolle medidas tendientes a solventarlas. Al respecto, FERRAJOLI resalta la importancia del garantismo y de la democracia sustancial, expresa que

en un sentido no formal y político sino sustancial y social de “democracia”, el Estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y las necesidades vitales de todos²⁷⁷.

Es decir que en los Estados contemporáneos las decisiones democráticas no pueden vulnerar los derechos de los minorías, por esta razón se desarrollan mecanismos judiciales y políticos para proteger estos derechos. De manera paradójica, los representantes del pueblo, el Congreso de Colombia, aprobó los nuevos acuerdos de paz, con algunas modificaciones tras el triunfo del no. Se dice que de manera paradójica porque la mayoría representada en el Congreso contuvo las consecuencias de la decisión tomada por la mayoría plebiscitaria. La democracia, después de todo, tiene dispositivos de control frente a los excesos de las mayorías.

277 LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 864.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCH, DANIEL. “El federalista, de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay”, *Foro Interno. Anuario de Teoría Política*, vol. 9, disponible en [<http://revistas.ucm.es/index.php/FOIN/article/view/FOIN0909110129A/7781>].
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].
- EMMERICH, GUSTAVO ERNESTO y VÍCTOR ALARCÓN OLGUÍN. *Tratado de Ciencia Política*, México D. F., Anthropos Editorial, 2007.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, LUIGI. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Externado, 2000.
- HAMILTON, ALEXANDER; JAMES MADISON y JOHN JAY. *El Federalista*, Librodot, disponible en [<https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/danielcassidyforld24/pages/1/attachments/original/1418716919/El-Federalista.pdf?1418716919>].
- HAMILTON, ALEXANDER; JAMES MADISON y JOHN JAY. “The Federalist Papers”, CLINTON ROSSITER (ed.), Nueva York, Penguin Group, 1961.
- “Las víctimas votaron por el sí”, *Revista Semana*, 2 de octubre de 2016, disponible en [<http://www.semana.com/nacion/articulo/plebiscito-por-la-paz-victimas-del-conflicto-votaron-por-el-si/496571>].
- LINCOLN, ABRAHAM. *El pronunciamiento de Gettysburg*, Smithsonian National Museum of American History. Kenneth E. Behring Center, disponible en [http://amhistory.si.edu/docs/GettysburgAddress_spanish.pdf].

- MIRES, FERNANDO. “Los diez peligros de la democracia en América Latina”, *Cuadernos del Cendes*, vol. 23, n.º 61, enero-abril de 2006, Universidad Central de Venezuela, disponible en [<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=40306102>].
- PACHÓN SOTO, DAMIÁN. “Rousseau y el totalitarismo”, *Analecta Política*, vol. 5, n.º 6, enero-junio de 2014, Universidad Pontificia Bolivariana, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/analecta/article/view/2436/2126>].
- Registraduría Nacional del Estado Civil. Plebiscito 3 de octubre de 2016, datos consultados el 12 de abril de 2017, disponible en [http://plebiscito.registraduria.gov.co/99PL/DPLZZZZZZZZZZZZZZZZZZ_L1.htm].
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CESAR. “La cara oculta de la abstención”, *Revista Semana*, 11 de octubre de 2016, disponible en [<http://www.semana.com/opinion/articulo/abstencion-en-el-plebiscito-por-la-paz-analisis-de-cesar-rodriguez/498706>].
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO. “Aclaraciones para la paz”, *El Espectador*, 7 de octubre de 2016, disponible en [<http://www.elspectador.com/opinion/opinion/aclaraciones-para-la-paz-columna-659282>].

CAPÍTULO SÉPTIMO
LA INFLUENCIA DE LOS FACTORES
EXTRAJURÍDICOS EN LAS DECISIONES
JUDICIALES: JUECES DE JUSTICIA TRANSICIONAL

I. IMPORTANCIA DE LOS FACTORES EXTRAJURÍDICOS
EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

En Colombia el contexto conflictivo fomenta la demanda de la carrera de derecho en la formación superior, por esta razón, la existencia de un gran número de abogados parece ser una constante en la realidad convulsionada del país. Algunos medios de comunicación contribuyen a corroborar la idea de que Colombia es un país de abogados, así por ejemplo, señalan que aproximadamente hay 437 abogados por cada 100 mil habitantes, lo cual supone un aumento de las facultades de derecho y de los estudiantes con probabilidades favorables para graduarse²⁷⁸. Lo anterior de-

278 BLU RADIO. “¿Es Colombia un país de abogados?”, 24 de septiembre

muestra la importancia que el derecho ha adquirido dentro de la sociedad, pero no entendido solo como un conjunto jerarquizado de normas jurídicas, sino como un recurso de poder atribuido a los operadores jurídicos, de ahí tal vez deriva la gran demanda de estudiantes por dicha carrera. En esta medida, en el ejercicio del derecho como recurso de poder, adquieren importancia los factores extrajurídicos como características sociales, la formación profesional de los operadores jurídicos, así como otras características socioculturales.

En este sentido, GERMAN SILVA GARCÍA señala que

... en Colombia las facultades de derecho han tenido tradicionalmente grandes nexos con los centros de poder, los operadores jurídicos son actores de él y, como bien se ha indicado, la enseñanza del derecho es en gran parte un entrenamiento para el ejercicio del poder²⁷⁹.

Entendido este último como poder político, es decir, de acuerdo con MAX WEBER, el poder reconocido o legitimado, en otras palabras el poder que por lo general encuentra obediencia justa porque se considera legítimo²⁸⁰. De igual forma, RAÚL GUSTAVO FERREYRA

de 2015, en [<http://www.bluradio.com/111282/es-colombia-un-pais-de-abogados>].

279 GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia: Las ideologías profesionales*, t. IV, Bogotá, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un derecho Alternativos –ILSA– y otro, 2001, p. 57.

280 MICHEL ANGELO BOVERO. “La naturaleza de la política. Poder, fuerza y legitimidad”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 10, 1997, disponible en [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-1997-10-1004/naturaleza_politica.pdf], p. 93.

considera que “el poder político crea el derecho”²⁸¹. La anterior afirmación, implica entender el derecho como un instrumento que está a disposición del poder político para hacer efectivos determinados objetivos sociales, prescribiendo conductas de hacer o no hacer y haciendo uso del carácter coercitivo del sistema jurídico.

Como menciona SILVA GARCÍA las facultades de derecho siempre han estado relacionadas con el poder político, por lo menos en Colombia es una práctica recurrente que los abogados ocupen cargos importantes de ejercicio del poder político. Conviene mencionar el siguiente ejemplo: el Congreso de Colombia es una institución conformada por 268 congresistas formados en distintas profesiones, para cuyo acceso no es necesario ser abogado. Sin embargo, 99 de ellos son abogados y tienen estudios de posgrado en derecho, en su mayoría han sido estudiantes de instituciones educativas como las universidades de los Andes, Javeriana, Sergio Arboleda, de Antioquia, Libre, del Rosario, Externado y de la Sabana²⁸².

Ahora bien, teniendo en cuenta que el derecho es un recurso de poder político porque contribuye a la obtención de obediencia para la consecución de objetivos sociales, resultan trascendentales los factores extraju-

281 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. "Rasgos básicos del derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad y solidaridad; teoría", *Revista de Derecho Político*, n.ºs 75-76, mayo-diciembre de 2009, p. 215, disponible en [<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico-2009-75-76-10009&dsID=PDF>].

282 Universidad de los Andes, Congreso Visible, disponible en [<http://www.congresovisible.org/>], consultado el 9 de diciembre de 2016.

rídicos que influyen en la práctica del derecho. En una institución como el Congreso de la República las ideologías políticas, la formación profesional, la experiencia y las características socioculturales –entre otros factores– hacen parte de la interacción entre congresistas y de éstos con sus electores, así que la presencia de estos factores extrajurídicos en abogados que sean congresistas forman parte del escenario político. No obstante, cuando se trata de operadores jurídicos –en especial jueces– los factores sociales, la formación profesional y las demás características extrajurídicas contribuyen en la construcción de las ideologías profesionales, las cuales se ven reflejadas en las decisiones judiciales con efectos en la sociedad, por lo cual son asuntos que ameritan mayor consideración.

El origen social hace referencia a la pertenencia del juez a un nivel económico determinado y las aspiraciones de acenso condicionadas al contexto²⁸³. Según SILVA GARCÍA, al parecer frente al origen social los miembros de la judicatura del mundo occidental provienen de la clase media fomentando posiciones críticas sobre el derecho e innovación jurídica²⁸⁴. En cuanto a la formación profesional, ésta se desarrolla en un contexto histórico de influencias ideológicas y dogmáticas desarrolladas y reproducidas por las instituciones educativas en las facultades de derecho que

283 CÉSAR MANZANOS BILBAO. “Factores sociales y decisiones judiciales”, en *Sociológica: Revista de pensamiento social*, n.º 5, 2004, disponible en [<http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2727>], p. 133.

284 SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. IV, cit., p. 17.

contribuyen a la construcción de ideologías profesionales²⁸⁵. Por último, otros factores socioculturales como la ideología política que influye sobre los juicios de valor frente a los hechos y las partes, la identificación religiosa y moral que implican una serie de creencias y prejuicios interiorizados que pueden llegar a condicionar las decisiones judiciales, la edad que se encuentra ligada a la experiencia profesional, el género pues una decisión puede ser distinta si es proferida por un hombre o una mujer, el estado civil que puede influir en los casos de familia, la educación familiar y la presión mediática, entre otros²⁸⁶, constituyen factores extrajurídicos que hacen parte del ser social del juez y de los cuales no puede apartarse.

Con todo y lo anterior, es impórtate resaltar que desde el punto de vista de la sociología jurídica es importante comprender los factores subjetivos como las características sociales y la formación profesional para entender cómo se toman las decisiones en la administración de justicia. Estos factores

... condicionan, alteran, determinan o pervierten –en supuestos similares y aplicando la lógica estricta del derecho positivo– el tipo de decisión judicial y la evaluación jurídica de los hechos por parte de los jueces que va a tener consecuencias directas en decisiones claves...²⁸⁷.

285 *Ibíd.*, pp. 26 a 27; en el último caso, ver RAFAEL VELANDIA MONTES. *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, 2 tt., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2015, disponible en [www.ilae.edu.co].

286 MANZANOS BILBAO. “Factores sociales y decisiones judiciales”, cit., pp. 142, 143, 145 a 148 y 152.

287 MANZANOS BILBAO. “Factores sociales y decisiones judiciales”, cit., p. 129.

Para SILVA GARCÍA el origen social y el perfil cultural de los operadores jurídicos inciden en la elaboración de las ideologías que repercuten en la visión sobre el derecho y la forma de administrar justicia²⁸⁸. En el caso de los jueces la influencia de las ideologías en las decisiones judiciales es trascendental durante el momento de interpretación y aplicación del derecho, pues puede haber jueces muy progresistas mientras que otros pueden ser muy autoritarios. El ejemplo más claro al temor sobre el activismo judicial es la Revolución Francesa²⁸⁹, en donde los jueces no podían interpretar la ley por cuanto estos se encontraban estrechamente relacionados con el monarca y se veían como un obstáculo para la aplicación de la voluntad general expresada en los representantes del pueblo que elaboraban la ley²⁹⁰.

Sin embargo, las transformaciones sociales han influido en el proceso de interpretación y aplicación del derecho, haciendo que las ideologías profesionales de los jueces se reflejen en las decisiones judiciales, en apariencia justificadas en normas jurídicas. La aparición del Estado intervencionista ocasionó que el derecho también correspondiera a fines sociales, económicos y políticos²⁹¹. Por esta razón, aparecen escuelas

288 SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. IV, cit., pp. 15 y 17.

289 Asamblea Nacional, 1789-golpe de Estado de Napoleón Bonaparte, 1799.

290 GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. III, "La administración de justicia", Bogotá, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un derecho Alternativos -ILSA- y otro, 2001, pp. 16 y 17.

291 *Ibíd.*, p. 19.

de interpretación que reconocen un papel más activo del juez en los procesos de transformación social. Algunas de estas escuelas son la escuela del derecho libre²⁹² y la escuela del realismo jurídico²⁹³. La primera pretende que el juez tenga en cuenta la dinámica social y la impresión de justicia antes que la ley en sentido formal para interpretar el derecho, mientras que la segunda busca que el juez encuentre en la norma un fin social²⁹⁴.

Además de lo hasta aquí dicho, también es importante reconocer que los factores sociales y la formación profesional pueden influir en la construcción de ideologías autoritarias que lleven a los jueces a tomar decisiones consideradas injustas e incorrectas socialmente. Quizás el ejemplo más claro de los riesgos de una gran discrecionalidad de los jueces fue lo acontecido en Alemania durante el régimen autoritario del Tercer Reich²⁹⁵ de ADOLF HITLER²⁹⁶. En este sentido, la crisis económica y social que enfrentaba Alemania

292 Opuesta a la escuela clásica, donde el juez debía supeditarse a la norma, esta escuela busca más bien que el juez aplique su criterio ante lagunas o alejarse de la norma de ser ésta confusa o injusta para él.

293 Esta doctrina asume al derecho como identificado con el poder del Estado o asociado a las decisiones judiciales, esto como reacción en el siglo XX al formalismo conceptual imperante en el siglo XIX.

294 RODRIGO UPRIMMY YEPES y ANDRÉS ABEL RODRIGUEZ VILLABONA. *Interpretación Judicial*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, pp. 110 a 111.

295 Período que va del 30 de enero de 1933, fecha en la que el presidente PAUL VON HINDENBURG nombra a HITLER canciller, y el 20 de mayo de 1945, día en que se disuelve el Gobierno de KARL DÖNITZ por los aliados.

296 Braunau am Inn, Austria, 20 de abril de 1889-Berlín, 30 de abril de 1945.

antes de la llegada al poder de HITLER influyeron en la adopción de posturas radicales de profesores de derecho, magistrados y demás juristas. Estas posturas radicales se potenciaron luego de la elección de HITLER en 1933 con la ayuda de juristas como CARL SCHMITT²⁹⁷ que se unieron al partido nazi, lo anterior influyó en el sistema de administración de justicia que se dedicó a fortalecer los privilegios de la clase dirigente²⁹⁸. Por lo cual, “La corrupción nazi de la ley no se limitó a la esfera penal. Todas las esferas jurídicas, entre otras, el derecho contractual, el derecho laboral y la custodia de los hijos, se convirtieron en ámbitos para la aplicación de la ideología racista nazi”²⁹⁹. En otras palabras, durante el Tercer Reich los operadores jurídicos alemanes eran el ejemplo claro de la aplicación arbitraria del derecho.

Ahora bien, los factores sociales y la formación profesional de los operadores jurídicos que contribuyen a la construcción de ideologías profesionales, son componentes del ser social de los operadores jurídicos³⁰⁰

297 Piettenberg, Alemania, 11 de julio de 1888-Nordhein, Wetsfalia, Alemania, 7 de abril de 1985.

298 DANIEL RAFECAS. “La ciencia del derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt”, en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 8, n.º 15, 2010, p. 135, disponible en [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/15/la-ciencia-del-derecho-y-el-advenimiento-del-nazismo-el-perturbador-ejemplo-de-carl-schmitt.pdf].

299 DAVID MATAS. “El holocausto y la colección de documentos de debate de las Naciones Unidas: La ley como acelerador del genocidio”, en *El Holocausto y el Programa de Divulgación de las Naciones Unidas*, disponible en [<http://www.un.org/es/holocaustremembrance/docs/paper13.shtml#note5>], consultado el 12 de diciembre de 2016.

300 SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. IV, cit., p. 15.

por lo cual no pueden separarse de los mismos. En esta medida, de manera inevitable factores sociales como el origen social y económico, factores socioculturales como la edad, el género, la religión, la cultura y el contexto social y político del país –entre otros–, así como la formación educativa son circunstancias que hacen parte de la construcción profesional y humana de los jueces que condicionan su visión de la aplicación del derecho.

La anterior situación puede ser perjudicial para una sociedad cuando los principios de independencia y autonomía judicial no tienen una aplicación efectiva o no existe un límite a los mismos. Por lo cual

Existen administraciones donde la dependencia hace imposible un funcionamiento autónomo del poder judicial (regímenes presidencialistas, sistemas de designación política de los responsables de los órganos supremos de justicia, sistemas de designación corporativa de los jueces, proximidad estructural que facilita la complicidad directa de la judicatura con la policía o la fiscalía, etc.)...³⁰¹.

Pero también puede presentarse una excesiva independencia y autonomía judicial que permite que factores extrajurídicos influyan en forma arbitraria en las decisiones jurídicas, pues pueden estar claramente en contra del derecho o hacer uso del carácter abierto del lenguaje jurídico que propuso HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART³⁰², para abrir el campo a la discrecio-

301 MANZANOS BILBAO. "Factores sociales y decisiones judiciales", cit., p. 131.

302 Harrogate, UK, 18 de julio de 1907-Oxford, UK, 19 de diciembre de 1992.

nalidad judicial y encubrir de juridicidad decisiones judiciales determinadas por factores extrajurídicos.

Como consecuencia de lo anterior, parece ser que los jueces son operadores jurídicos particulares que ostentan un estatus importante dentro de las sociedades, pues sus decisiones pueden tener un impacto trascendental en el logro de determinados objetivos sociales. Ahora bien, teniendo en cuenta que estos factores extrajurídicos no pueden separarse del juez, garantizar una aplicación justa del derecho no se soluciona con la selección de buenos jueces. Al respecto conviene mencionar la siguiente cita de SILVA GARCÍA

Pero como las personas son seres humanos, en consecuencia dueños de todas las virtudes y defectos de su condición, no solo es iluso y hasta nocivo intentar hallar jueces tan “buenos” que estén despojados de su naturaleza humana, sino también pretender que ese juez se apega a la legalidad...³⁰³.

De ahí que el estudio sobre la interpretación y aplicación del derecho no puede darse solo desde la óptica del positivismo jurídico que niega la interferencia de factores extrajurídicos y subjetivos en las decisiones judiciales, sino que el derecho –al ser un recurso del poder político para el logro de determinados objetivos sociales– supone que responde a una realidad o a un contexto histórico y social determinado que se debe tener en cuenta para su aplicación.

303 SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. III, cit., p. 23.

Así las cosas, debe aceptarse que el juez es creador de derecho³⁰⁴, es decir que ante la estructura abierta del lenguaje jurídico, cuando el juez debe tomar una decisión se mueve entre los factores extrajurídicos y el derecho vigente. Analizar la interpretación y la aplicación del derecho desde esta perspectiva sociológica, abre la mente del investigador para el análisis de decisiones judiciales teniendo en cuenta los factores extrajurídicos. Así las cosas, resulta en especial interesante el análisis de las decisiones de los jueces en el marco de la justicia transicional, pues dichas medidas de solución de conflictos suponen un contexto histórico, ideológico, económico, moral, cultural y demás aspectos sociales, que de modo inevitable van a condicionar la postura de cada juez.

II. EL CONTEXTO DE LOS JUECES DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

Para el propósito este capítulo, la justicia transicional es entendida como

... la materialización de esta promesa de justicia en el seno de un proceso histórico de cambio político desde una situación de conflicto o represión estatal a un sistema democrático, a través de una serie de mecanismos de naturaleza legal, aunque también con una impronta política y moral importante...³⁰⁵.

304 *Ibíd.*, p. 27.

305 JAVIER DORADO PORRAS. "El proyecto global de la justicia transicional y las amnistías de graves violaciones de los derechos humanos", en *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016, p. 94.

Luego, estas medidas son aplicadas en un país que supone un contexto de violaciones a los derechos humanos, al derecho internacional humanitario, a la crisis económica y social que han afectado profundamente a una sociedad determinada. Estas medidas son en últimas –como se infiere de la anterior cita– una promesa de cambio hacia la democratización de un Estado y de la sociedad.

Teniendo en cuenta que la justicia transicional pretende “... garantizar los derechos a la justicia, la verdad, la reparación integral a las víctimas y la no repetición...”³⁰⁶, adquieren gran importancia las decisiones judiciales adoptadas en el escenario de la justicia transicional, pues a través de estas providencias judiciales se pretenden materializar los anteriores derechos. Ahora bien, puede pensarse que la justicia transicional se desarrolla dentro de un contexto social complejo, pues existe una diversidad de intereses que pueden influir en las decisiones de los jueces. En este sentido, los jueces se ven enfrentados a que

... por un lado, había que responder a las injusticias cometidas en el pasado y, por otro, se hacía necesario establecer los márgenes que hicieran posible la consolidación del nuevo sistema democrático y la convivencia social, o fomentar lo que a menudo se ha llamado el proceso de reconciliación social³⁰⁷

306 ADELAIDA MARÍA IBARRA PADILLA. “Justicia transicional: la relación Derecho-Poder en los momentos de transición”, *Revista de Derecho*, n.º 45, enero-junio de 2016, p. 242, disponible en [<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/7176/7978>].

307 DORADO PORRAS. “El proyecto global de la justicia transicional y las amnistías de graves violaciones de los derechos humanos”, cit., p. 93.

Como consecuencia de lo anterior, puede inferirse que en el marco de una justicia transicional los jueces adquieren una enorme responsabilidad en la construcción de una nueva sociedad, y en esta medida, es importante analizar hasta qué punto la influencia de factores extrajurídicos en las decisiones judiciales pueden favorecer u obstaculizar este objetivo. En un primer momento, la justicia transicional aparece como un instrumento del poder, en esta medida, los jueces de justicia transicional están fuertemente relacionados con el poder político, de tal forma que el desarrollo de la justicia transicional es un reflejo de los intereses de este último. Conviene mencionar algunos ejemplos, en los Tribunales Militares de Nürnberg³⁰⁸ y Tokio³⁰⁹ se juzgó a los altos comandantes nazis y japoneses por los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial³¹⁰, sin embargo no se juzgaron a los comandantes estadounidenses por los daños causados con las bombas de Hiroshima³¹¹ y Nagasaki³¹²⁻³¹³.

308 Los juicios de Núremberg (*Nürnberger Prozesse*), procesaron a criminales de guerra nazis entre el 20 de noviembre de 1945 y el 1.º de octubre de 1946.

309 Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, que adelantó juicios contra criminales de guerra japoneses (solo 25 que ocupaban cargos en el Gobierno y las fuerzas militares) entre el 3 de agosto de 1946 y el 12 de noviembre de 1948.

310 Invasión alemana de Polonia, 1.º de septiembre de 1939-rendición japonesa, 14 de agosto de 1945.

311 El 6 de agosto de 1945, un avión B-29 bautizado *Enola Gay* lanza la bomba apodada "Little Boy", matando instantáneamente 105.000 personas, en su mayoría, civiles.

312 El 9 de agosto de 1945, un avión B-29 bautizado *Bockscar* lanza la bomba apodada "Fat Man", matando instantáneamente 120.000 personas, en su mayoría, civiles.

313 IBARRA PADILLA. "Justicia transicional: la relación Derecho-Poder en los momentos de transición", cit., pp. 251 a 253.

La anterior situación encuentra explicación en que los tribunales estaban conformados por jueces pertenecientes a los países aliados que resultaron victoriosos tras finalizar el conflicto bélico. Durante los primeros juicios, el Tribunal Militar de Núrnberg estuvo conformado por cuatro jueces pertenecientes cada uno a Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y la Unión Soviética y el presidente del tribunal era el inglés GEOFFREY LAWRENCE³¹⁴⁻³¹⁵. De igual manera, el Tribunal Tokio fue organizado sobre todo por Estados Unidos, por lo que el Comandante Militar General DOUGLAS MACARTHUR³¹⁶ estuvo encargado de instaurar el Tribunal. Fue integrado por un juez perteneciente a Estados Unidos, Unión Soviética, Francia, Reino Unido, China, Países Bajos, Australia, Nueva Zelanda, India, Canadá y Filipinas³¹⁷.

En el proceso de justicia transicional de Sierra Leona existió interferencia de las Naciones Unidas en la conformación del tribunal de juzgamiento. Aunque es importante reconocer que la influencia ideológica y política no fue tan marcada como en los casos anteriores, sino lo que se buscó fue propiciar un contexto de reconciliación y justicia. Así las cosas, el Tribunal

314 Kensington, UK, 2 de octubre de 1880-28 de agosto de 1971.

315 United States Holocaust Memorial Museum. "Tribunal militar internacional de Núremberg", disponible en [<https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10008039>], consultado el 12 de diciembre de 2016.

316 Little Rock, Arkansas, 26 de enero de 1880-Washington D. C., 5 de abril de 1964.

317 Ver pie de página en RAFAEL PRIETO SANJUÁN. *La internacionalización de la jurisdicción penal: de Versalles a Bagdad*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2005, p. 30.

Especial para Sierra Leona³¹⁸ estaba conformado por varios magistrados nacionales e internacionales de forma proporcional.

La Sala de Primera Instancia está constituida por tres magistrados, dos de los cuales son designados por el Secretario General de las Naciones Unidas, y el tercero por el Gobierno de Sierra Leona. La Sala de Apelaciones está formada por cinco magistrados, tres de los cuales son designados por el Secretario General, y los otros dos por el Gobierno de Sierra Leona³¹⁹.

Es importante destacar que el estatuto de creación del Tribunal establece que “los magistrados serán personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países”³²⁰. Lo cual supone la esperanza en la elección de jueces considerados como buenos desde una perspectiva axiológica y una profesional. Nótese pues que se reconoce de manera implícita la necesidad de factores internos o del ser social del operador jurídico para el desempeño adecuado en sus funciones.

318 Creado para investigar violaciones a los derechos humanos cometidas a partir del 30 de noviembre de 1996, funcionó entre el 16 de enero de 2002 y el 2 de diciembre de 2013.

319 ANTONIO BLANC ALTEMIR. “El Tribunal Especial para Sierra Leona: Un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del derecho internacional humanitario”, *Anuario español de derecho internacional*, n.º 19, 2003, p. 110, disponible en [http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21545/1/ADI_XIX_2003_05.pdf].

320 Ver cita en ídem.

Debe reconocerse que el juez se forma un preconcepto o hipótesis del caso que va a decidir, pero es precisamente en este preconcepto en donde empiezan a influir el contexto social, el político, la experiencia del juez, su género y demás factores que condicionan de entrada la posición ideológica del juez.

En Colombia, hasta la publicación de esta obra, se desconocen los nombres de quienes serán nombrados como magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz –JEP–, sin embargo, el nuevo acuerdo entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC– y el Gobierno Santos establece que la JEP estará conformada solo por jueces colombianos. Éstos serán elegidos mediante un medio de confianza, de igual forma, el acuerdo ordena que haya igualdad de participación entre hombres y mujeres, así como respeto por la diversidad étnica y racial de los jueces³²³.

Ahora bien, es importante destacar que no se hace alusión explícita a elementos morales o propios del ser de la persona, sin embargo sí constituye una aspiración tácita de la sociedad que quienes ocupen tan altos cargos tengan características morales consideradas como buenas, que tengan un estatus y que hayan desempeñado roles importantes dentro de la sociedad. Por esta razón, en términos procesales, el

323 PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Documento de trabajo “Cambios, precisiones y ajustes para un nuevo Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, pp. 56 a 57, disponible en [<http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/Documents/cambios-precisiones-ajustes-nuevo-acuerdo-final-terminacion-conflicto-construccion-paz-estable-duradera.pdf>].

acuerdo señala que los 20 magistrados del Tribunal para la Paz deberán cumplir los mismos requisitos que los necesarios para ser magistrados del Consejo de Estado, la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia. De igual forma, los magistrados de las salas deberán cumplir los requisitos que se exigen para ser magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial³²⁴. En ambos casos, el acuerdo es explícito en señalar que deberán ser “... expertos en distintas ramas del derecho, con énfasis en conocimiento del derecho internacional humanitario, derechos humanos o resolución de conflictos”³²⁵.

A partir de lo anterior y de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 232 constitucional, los magistrados que conformarán el Tribunal para la Paz deberán caracterizarse por ser colombianos de nacimiento, abogados, no haber sido condenados penalmente y tener una experiencia profesional mayor a diez años en la rama judicial o el ministerio público, docencia universitaria o ejercicio con buen crédito de la profesión. En cuanto a los magistrados de las salas, éstos, al cumplir los requisitos para ser magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial se caracterizarán sobre todo por ser magistrados designados mediante concurso de méri-

324 Párrafos 65 y 66. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, 24 de noviembre de 2016, pp. 167 y 168, disponible en [<http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>].

325 Ídem.

tos, con experiencia profesional superior a ocho años y colombianos de nacimiento³²⁶.

En este punto es importante destacar que en Colombia

El 64% de los jueces provienen de universidades privadas, lo que indica su claro predominio en la magistratura, frente al 29% de plazas ocupadas por graduados de públicas [...] Son además ocho universidades privadas [...] destacándose entre ellas la Universidad Libre (17%) y la Universidad La Gran Colombia (11%)³²⁷.

Esto constituye un indicador importante, pues supone que es probable que los magistrados que harán parte de la JEP serán egresados de universidades privadas y no de universidades públicas, más cercanas a las ideologías de la izquierda guerrillera. Esto último permite aproximarse a una caracterización del futuro Tribunal para la Paz.

A partir de los indicadores anteriores que señalan un predominio de egresados de la Universidad Libre y la Universidad La Gran Colombia en la rama judicial, es importante analizar algunos aspectos de estas instituciones para entender las ideologías políticas y profesionales de sus egresados. A partir de 1886 el poder del partido conservador se consolida y la educación confesional se extiende en las universidades

326 Artículo 127 y 128 de la Ley 270 de 7 de marzo de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.745, de 15 de marzo de 1996, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html].

327 SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. IV, cit., p. 66.

públicas, lo cual lleva a la creación de universidades privadas lideradas por el Partido Liberal, apareciendo la Universidad Republicana antecedente de La Universidad Libre³²⁸. Esta última fue fundada en 1923, laica, de tendencia fuertemente liberal sirviendo durante La Violencia³²⁹ como tribuna ideológica del liberalismo e intelectuales de izquierda marxista. Sus estudiantes tiene un origen social de clase media-baja y clase media-media, tienden a ser profesionales con orientación al litigio y a la judicatura, y desarrolla su plan de estudios en jornada diurna y nocturna³³⁰. Paralelamente, la Universidad La Gran Colombia recibió su personería jurídica en 1953³³¹, es de tendencia conservadora, laica, los estudiantes provienen de un origen social de clase media-baja y media-media, estudian en jornada mixta y la universidad orienta a sus egresados hacia el litigio y cargos administrativos en el Poder Judicial³³².

A partir de los anteriores datos, se puede inferir que posiblemente los magistrados que harán parte de

328 *Ibíd.*, p. 29.

329 Período histórico entre el asesinato de JORGE ELIÉCER GAITÁN el 9 de abril de 1948 y el pacto bipartidista conocido como el Frente Nacional en 1958, caracterizado por luchas entre el Partido Liberal y el Partido Conservador que nunca fueron consideradas como una guerra civil, a pesar de haber causado entre 200.000 y 300.000 muertes.

330 SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. IV, cit., p. 39.

331 Universidad La Gran Colombia. “Reseña histórica”, disponible en [<http://www.ugc.edu.co/index.php/institucion/resena-historica>], consultado el 13 de diciembre de 2016.

332 SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. IV, cit., p. 47.

la JEP serán personas con una altísima formación profesional en derechos humanos, derecho internacional humanitario y resolución de conflictos. Además, serán individuos de edad madura con una gran experiencia profesional, aquí aparece la edad como un factor que supone la adquisición de mayor conocimiento teórico y empírico, caracterizados por tener un estatus reconocido dentro de la comunidad jurídica. También ostentaran comportamientos éticos y morales socialmente reconocidos, así como provenientes de un origen social de clase media-baja y media-media. Respecto a la formación profesional, es posible que sean magistrados con ideologías políticas liberales moderadas, lo cual los hará identificarse –hasta cierto grado– con las ideologías políticas de la guerrilla, pero de seguro siempre estarán orientados a lograr justicia para las víctimas.

Para finalizar, es importante tener en cuenta que SILVA GARCÍA destaca como una tendencia el interés de los operadores judiciales por obtener reconocimiento de estatus, el cual se explica por la conveniencia de la clase media de obtener afirmación por los estudios profesionales y la meritocracia³³³. A partir de lo anterior, puede esperarse que estos cargos de magistrados de la JEP sean altamente disputados y los intereses del poder político jugaran un factor determinante para la elección de los mismos.

333 *Ibíd.*, p. 25.

CONCLUSIONES

Factores extrajurídicos como el origen social o la formación profesional contribuyen en la formación de ideologías profesionales. De igual forma, los factores socioculturales como la edad, el género, la cultura, la tendencia política y demás influyen en la interpretación y aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos. En este sentido, es importante reconocer que estos factores extrajurídicos hacen parte del ser social de los operadores jurídicos y por tanto, no se pueden separar de los mismos. La anterior línea de pensamiento, conduce a afirmar que las decisiones judiciales se encuentran influenciadas por factores extrajurídicos que contribuyen en la elaboración de un preconcepto o hipótesis del caso. Esto constituye una perspectiva de análisis sociológico de las decisiones judiciales que resulta más integral, pues implica asumir que en la interpretación y aplicación del derecho el juez se mueve entre el derecho y los factores extrajurídicos.

Trasladado lo anterior al escenario de los jueces de justicia transicional, puede pensarse que en un contexto social polarizado que enmarca a los países que se encuentran en el tránsito hacia la paz, la influencia de factores extrajurídicos en las decisiones judiciales adquieren mayor importancia. Lo anterior, porque mediante las decisiones judiciales se busca la materialización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, elementos importantes en la democratización de un país.

Así las cosas, para el caso colombiano se intentó realizar una aproximación a los factores extrajurídicos que caracterizaran a los magistrados que harán parte de la JEP. Teniendo en cuenta que los altos cargos del poder judicial colombiano están ocupados por egresados de universidades privadas, en especial la Universidad Libre y la Universidad La Gran Colombia, es de esperarse que los magistrados de la JEP sean egresados de universidades privadas. Lo anterior supone que tendrán una ideología liberal moderada, pero abre el interrogante a la poca participación de egresados de universidades públicas en la carrera judicial. Además de lo anterior, serán individuos con un estatus reconocido dentro de la comunidad jurídica, la edad y la experiencia son factores que suponen gran preparación profesional. Para terminar, aunque las características morales de los jueces no son requisitos explícitos, por lo general en los procesos de justicia transicional el poder político tienden a escoger magistrados que hayan desempeñado un rol adecuado dentro de la profesión jurídica y en la sociedad. En últimas, en los procesos de justicia transicional los magistrados adquieren gran importancia pues sus decisiones afectan de forma directa la construcción de una nueva sociedad, por lo cual es necesario comprender las decisiones desde la óptica jurídica y social.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANC ALTEMIR, ANTONIO. "El Tribunal Especial para Sierra Leona: Un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del derecho internacional humanitario", en *Anuario español de derecho internacional*, n.º 19, 2003, disponible en

[http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21545/1/ADI_XIX_2003_05.pdf], pp. 131 a 138.

BLU RADIO. “¿Es Colombia un país de abogados?”, 24 de septiembre de 2015, disponible en [<http://www.bluradio.com/111282/es-colombia-un-pais-de-abogados>].

BOVERO, MICHEL ANGELO. “La naturaleza de la política. Poder, fuerza y legitimidad”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 10, 1997, disponible en [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-1997-10-1004/naturaleza_politica.pdf], pp. 91 a 102.

Constitución Política de Colombia de 1991, versión publicada por la Corte Constitucional, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>].

DORADO PORRAS, JAVIER. “El proyecto global de la justicia transicional y las amnistías de graves violaciones de los derechos humanos”, en *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016.

FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. “Rasgos básicos del derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad y solidaridad; teoría”, *Revista de Derecho Político*, n.ºs 75-76, mayo-diciembre de 2009, disponible en [<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico-2009-75-76-10009&dsID=PDF>], pp. 215 a 242.

IBARRA PADILLA, ADELAIDA MARÍA. “Justicia transicional: la relación Derecho-Poder en los momentos de transición”, *Revista de Derecho*, n.º 45, enero-junio de 2016, disponible en [<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/7176/7978>], pp. 237 a 261.

Ley 270 de 7 de marzo de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.745, de 15 de marzo de 1996, disponible en [http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html].

- MANZANOS BILBAO, CÉSAR. “Factores sociales y decisiones judiciales”, en *Sociológica: Revista de pensamiento social*, n.º 5, 2004, disponible en [<http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2727>], pp. 127 a 159.
- MATAS, DAVID. “El holocausto y la colección de documentos de debate de las Naciones Unidas: La ley como acelerador del genocidio”, en *El Holocausto y el Programa de Divulgación de las Naciones Unidas*, disponible en [<http://www.un.org/es/holocaustremembrance/docs/paper13.shtml#note5>], consultado el 12 de diciembre de 2016.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, 24 de noviembre de 2016, disponible en [<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>].
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Documento de trabajo “Cambios, precisiones y ajustes para un nuevo Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, disponible en [<http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/Documents/cambios-precisiones-ajustes-nuevo-acuerdo-final-terminacion-conflicto-construccion-paz-estable-duradera.pdf>].
- PRIETO SANJUÁN, RAFAEL. *La internacionalización de la jurisdicción penal: de Versalles a Bagdad*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2005.
- RAFECAS, DANIEL. “La ciencia del derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt”, en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 8, n.º 15, 2010, disponible en [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/15/la-ciencia-del-derecho-y-el-advenimiento-del-nazismo-el-perturbador-ejemplo-de-carl-schmitt.pdf], pp. 133 a 163.

CAPÍTULO OCTAVO
LA NEGACIÓN DE LA SALUD Y EL GÉR MEN
DE LA VIOLENCIA. LA FRUSTRACIÓN DE LA
NEGACIÓN DE LOS DERECHOS, A LA LUZ
DE UNA PELÍCULA LATINOAMERICANA

I. INTRODUCCIÓN

La película mexicana *Un monstruo de mil cabezas* (2015) del director uruguayo RODRIGO PLÁ pone en perspectiva una problemática social recurrente en América Latina desde hace varios años, esta es, el derecho humano a la salud y el derecho humano a la vida digna de los pacientes en contraposición a la comercialización de la salud como un bien susceptible de valoración económica, al mejor estilo de políticas económicas neoliberales. Resulta pues, un tema profundamente interesante, cuya discusión pareciera por momentos un asunto prioritario de los Gobiernos latinoamericanos.

Precisamente, el director se caracteriza porque a través de su producción cinematográfica realiza crí-

ticas a la forma de organización social, las problemáticas de la familia y la falta de presencia de instituciones estatales, entre otras, ubicando siempre en el fondo de la trama dilemas éticos, religiosos, políticos y jurídicos. Frente a su última película *Un monstruo de mil cabezas* (2015) subyacen, a nuestro parecer, fuertes dilemas éticos, políticos y jurídicos que a pesar de desarrollarse en México, son trasladables a la realidad de varios países latinoamericanos.

II. ARGUMENTO

El largometraje nos presenta una familia mexicana común, sin poder económico o político, conformada por GUILLERMO, SONIA y DARÍO. GUILLERMO, esposo de SONIA, es un hombre de 48 años que padece de un cáncer profundamente doloroso. SONIA es una mujer que observa desesperada el dolor que su esposo soporta a diario y que lo lleva a contemplar la muerte. Por último, DARÍO es el hijo adolescente de ambos y el acompañante inseparable de su madre en la búsqueda del bienestar de GUILLERMO.

La negativa del seguro médico a costear el tratamiento, es decir, entregar el fármaco que le permitiría a GUILLERMO disminuir el dolor y continuar con las quimioterapias para combatir el cáncer, es el punto culminante de una situación que se había convertido en insoportable para SONIA. Ella no podía permitir que su esposo se diera por vencido. Motivada por mejorar la calidad de vida de GUILLERMO y ante la indiferencia de las personas que negaron la entrega del fármaco, decide tomar vías de hecho. Pareciera que a

la protagonista no le interesan las consecuencias de sus acciones, que la afectan y por extensión, también a su hijo DARÍO. Lograr que el seguro otorgue el fármaco que tanto necesita GUILLERMO es el único objetivo importante. Para conseguirlo, SONIA y DARÍO se verán enfrentados a una serie de hechos que transforman a una madre y a un hijo común en delincuentes. Tendrán que amenazar, secuestrar, lesionar y hasta extorsionar. En últimas, persiguen un fin legítimo y legal, mejorar la calidad de vida de un ser humano que es fundamental en sus vidas, pero a través de la inoperancia del derecho.

Ahora bien, su travesía no será en vano. En la telaraña de situaciones que se les presentan, lograran descubrir un hecho importante y es que detrás de todas estas instituciones que se supone pretenden operativizar el derecho a la salud, es decir, prestar un servicio de salud eficiente, se esconde una estrategia de mercado. Las aseguradoras deben negar determinadas solicitudes de prestación de servicios de salud para garantizar una rentabilidad. Incluso, SONIA descubre que la empresa tiene una política de incentivos para quienes nieguen la mayoría de solicitudes de tratamiento. Estos documentos se convertirán en el principal elemento para coaccionar a las personas que tienen el poder de decisión para autorizar el tratamiento que tanto necesita su esposo.

III. LA EXISTENCIA HUMANA

De las situaciones que emergen de la película, llama profundamente la atención la relativización de la existencia del ser humano por parte de las instituciones que prestan el servicio de salud, así como de los individuos que les dan operatividad. En principio, los derechos humanos son garantías que el Estado debe asegurar para hacer posible la existencia digna de sus ciudadanos, pero en la práctica este ideal desaparece gradualmente. SONIA representa una realidad cercana a todos, o por lo menos a la mayoría que hemos tenido la poca fortuna de presenciar la evolución de una enfermedad, realidad que consiste en la lucha constante contra las instituciones que prestan los servicios de salud y los sujetos que se desempeñan en este campo. En temas de salud, esta situación es recurrente, por lo cual el director nos presenta en los primeros minutos de la película a SONIA buscando desesperadamente al Dr. VILLALBA, el médico tratante de su esposo, quien con descaro le rehúye siendo consciente del daño que le está causando a otro ser humano al negarle el tratamiento para controlar el dolor, amparándose en la institución en la que trabaja y en sus empleados.

Por lo general, cuando se abarcan discusiones éticas sobre los derechos humanos, éstas empiezan desde una fundamentación iusnaturalista. Estas teorías consideran que los derechos humanos tienen un origen anterior y distinto al del derecho positivo. Luego, los derechos humanos

Si son derechos anteriores a la positivización, no pueden tener fundamento en la convención o en la mera ley positiva; más bien, por ser derechos del hombre, tienen fundamento en su naturaleza. No son relativos a la cultura, al consenso ni a la autoridad, sino que poseen un fundamento más ontológico y natural³³⁴.

Partir de una fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos implica asumir que existe un conjunto de derechos que derivan de la persona humana.

Para algunos, la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos se queda corta. En este sentido, RICARDO RABINOVICH BERKMAN realiza una fundamentación distinta de los derechos humanos y la plantea como los derechos existenciales. Dentro de esta teoría, RABINOVICH BERKMAN trae un concepto interesante a partir del cual puede deducirse una característica fundamental del ser humano: la autoconstrucción. De acuerdo con RABINOVICH BERKMAN, la autoconstrucción es la edificación de proyectos, la toma de decisiones que hacen los sujetos a lo largo de su vida y que los definen. Podría decirse que la autoconstrucción es una capacidad única y exclusiva de los seres humanos.

En este sentido, expresa RABINOVICH BERKMAN que

... los derechos humanos, básicos o fundamentales de la persona, serían justamente esas prerrogativas destinadas a resguardar la potencia de auto-construirse cada uno de

334 MAURICIO BEUCHOT. *Filosofía y derechos humanos*, 2.^a ed., México D. F., Siglo XXI, 2004, pp. 29 y 30.

los existentes. De ahí que los podríamos llamar “derechos existenciales”. Quien los ataque, vulnera la existencia³³⁵.

En la película se puede observar cómo las instituciones que prestan los servicios de salud, así como los funcionarios, ejecutan políticas y acciones que obstaculizan dos de los derechos humanos esenciales para todo ser humano: el derecho a la salud y el derecho a la vida.

Sin duda, todos los derechos humanos son importantes y deben ser respetados por los Estados, pero el principal derecho humano que debe ser protegido es el derecho a la vida, entendido como a la existencia biológica del ser humano y como a la realización de la persona. Por lo cual

Aunque la doctrina afirma que todos los derechos humanos tienen igual valor, a la hora de examinar casos concretos de violaciones de este derecho, los órganos internacionales competentes no dudan en destacar el carácter especial del derecho a la vida³³⁶.

Es decir, sin garantizar el derecho a la vida no es posible que las personas disfruten de los demás derechos humanos.

Así las cosas, la relación necesaria entre el derecho humano a la vida y los demás derechos, está establecida en uno de los primeros instrumentos internacio-

335 RICARDO RABINOVICH BERKMAN. *Derechos humanos: introducción a su naturaleza e historia*, Buenos Aires, Quorum, 2007, cap. III, p. 65.

336 OMAR HUERTAS DÍAZ *et al.* *El derecho a la vida en la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, Ibáñez, 2007, pp. 66 y 67.

nales de derechos humanos, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³³⁷. Este establece que

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez...

De lo anterior puede inferirse que garantizar el derecho humano a la vida implica a su vez garantizar el derecho humano a la salud.

La salud empezó a reconocerse como derecho a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, pero su relación con la dignidad humana y como derecho humano se mostró en la adopción de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud en la Conferencia Internacional de Salud en 1946³³⁸. Lo anterior contribuyó a la posterior positivización en instrumentos internacionales de la salud como un derecho humano. Por esta razón, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de

337 Ver el texto disponible en [<http://www.un.org/es/documents/udhr/>].

338 PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACION ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS -PROVEA-. "La salud como derecho. Marco nacional e internacional de protección al derecho humano a la salud", en VÍCTOR DE CURREA LUGO *et al.* *La salud esta grave. Una visión desde los derechos humanos*, Bogotá, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2000, p. 31.

1966³³⁹ establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Lo cual transfiere a los Estados la obligación de adoptar y desarrollar las acciones necesarias para garantizar el derecho humano a la salud.

Ahora bien, sobre los Estados recaen dos fuertes obligaciones: la de garantizar y respetar los derechos humanos a la vida y a la salud; sin embargo los particulares también tienen la obligación de respetarlos. Es decir, teniendo en cuenta que el Estado es la forma de organización política y jurídica que pretende el monopolio de la fuerza legítima, le corresponde además de respetar los derechos humanos

... la obligación de garantizar los derechos humanos –esto es, de protegerlos en todo tiempo para asegurar su plena vigencia–...³⁴⁰.

Mientras que la obligación de respetar los derechos humanos implica por parte de los particulares “... asumir siempre frente a ellos actitudes de consideración, acatamiento y deferencia. Tales actitudes se traducen

339 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>].

340 ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, OFICINA EN COLOMBIA. “Las obligaciones del Estado y de los particulares frente a los derechos humanos”, Manizales, 8 de mayo de 2006, p. 7, disponible en [<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0680.pdf>].

en conductas de abstención”³⁴¹. Es importante señalar que limitar el respeto de los derechos humanos solo a conductas de abstención es poco conveniente. En este sentido, se ha entendido también como obligación de respeto a los derechos humanos “... cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación”³⁴².

A partir de lo anterior, resulta interesante percibir cómo el respeto de los derechos humanos a la salud y a la vida de los pacientes –en el caso de la película, representados en GUILLERMO–, pasa a un segundo plano ante los intereses personales y económicos de las personas y de las instituciones³⁴³. Aún más preocupante resulta la situación, cuando a lo largo del transcurso de la historia se muestra que los individuos que se encargan de evaluar la viabilidad de las solicitudes de tratamientos de personas enfermas son médicos, de quienes en principio se esperaría una actuación respetuosa de los derechos humanos –dado el juramento hipocrático³⁴⁴– que permita la autoconstrucción del

341 *ibíd.*, p. 6.

342 EDUARDO FERRER MAC-GREGORY y CARLOS MARÍA PELAYO MOLLER. “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios constitucionales*, vol. 10, n.º 2, Talca, 2012, p. 151, disponible en [<https://drive.google.com/file/d/0B4415pHYhRzaZnM5M0dDVk12VTA/view>].

343 RABINOVICH BERKMAN recuerda cómo el nacimiento de la bioética corresponde a un contrapeso a la biomedicina que no tiene en cuenta ninguna directriz moral, como sucedió con la medicina nazi. Mírese RICARDO RABINOVICH BERKMAN. *Derecho civil*, Parte General, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 156.

344 Ver el texto en español de sus distintas versiones en [https://es.wikipedia.org/wiki/Juramento_hipocrático].

paciente. Pero esta situación es solo la consecuencia inmediata de la forma que han adoptado los Estados latinoamericanos para garantizar los derechos humanos.

IV. SISTEMA DE SALUD EN LATINOAMÉRICA

Una de las escenas de la película comienza presentando a una mujer dirigiéndose a su puesto de trabajo; más adelante, cuando el director abre el plano de la escena, puede observarse a un grupo de funcionarios trabajando en cubículos, se escucha el timbre de teléfonos, personas conversando y caminando a través de los pasillos de lo que aparenta ser un enorme edificio. Cuando aquella mujer llega a su lugar de trabajo como recepcionista, aparece SONIA, quien le manifiesta que lleva bastante tiempo esperando a ser atendida por el médico tratante de su esposo GUILLERMO. Ante lo anterior, la recepcionista se muestra desinteresada.

Esta escena particular de la película puede tomarse como una referencia a la burocratización del derecho humano a la salud. La salud como un derecho humano esta incorporada en múltiples instrumentos internacionales y en las Constituciones de los Estados; esta positivización conlleva a que los Estados tengan la obligación de garantizar este derecho. Luego, para instrumentalizar el derecho a la salud o –en otros términos– para materializar el derecho, es necesaria la creación de entidades, la contratación de funcionarios, la prestación de servicios y demás elementos que conforman el sistema de salud. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, el sistema de salud es

... la suma de todas las organizaciones, instituciones y recursos cuyo objetivo principal consiste en mejorar la salud. Un sistema de salud necesita personal, financiación, información, suministros, transportes y comunicaciones, así como una orientación y una dirección generales. Además tiene que proporcionar buenos tratamientos y servicios que respondan a las necesidades de la población y sean justos desde el punto de vista financiero³⁴⁵.

En este sentido, tenemos por un lado el derecho humano a la salud como el derecho a

... un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social³⁴⁶.

Mientras que por otro lado, los Estados establecen sistemas de salud en donde se va abandonando en forma progresiva la idea del derecho humano a la salud y es sustituida por la de servicio de salud, ligado a la viabilidad financiera. Es en este contexto en donde los Estados comienzan a reconocer que el derecho a la salud tiene un contenido esencial, un núcleo básico, el cual debe garantizarse en la medida de las posibilida-

345 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "¿Qué es un sistema de salud?", consultado el 8 de septiembre de 2016, disponible en [<http://www.who.int/features/qa/28/es/>].

346 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Constitución de la organización mundial de la salud", consultado el 8 de septiembre de 2016, disponible en [<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf?ua=1>].

des presupuestales. Nótese pues, que el derecho a la salud ya no es el estado de completo bienestar físico, mental y social.

La teoría de las generaciones de los derechos humanos ha contribuido de manera negativa, incorporando la idea de progresividad en los derechos económicos, sociales y culturales o en los derechos de segunda generación, dentro de los cuales se encuentra la salud. Por lo cual,

... la realización de los derechos económicos, sociales y culturales implican un hacer del Estado y que ese hacer implica una disponibilidad de recursos y unas políticas de materialización, se aceptó que los derechos económicos, sociales y culturales son de aplicación progresiva sobre la base de la realidad objetiva de cada Estado, realidad en la que la disponibilidad de recursos juega un papel importante³⁴⁷.

Esta aplicación progresiva de los derechos sociales, económicos y culturales se intensificó con el paso del Estado de bienestar al Estado neoliberal de los países latinoamericanos, causando la creación de los actuales sistemas de salud.

El modelo de Estado de bienestar establecido en Latinoamérica se caracterizó por su asistencialismo junto con economías limitadas basadas en la producción de bienes manufacturados, poco desarrollo de la industria nacional y escasa participación en el

347 VÍCTOR DE CURREA LUGO. "La salud: de la caridad al negocio sin pasar por el derecho", en DE CURREA LUGO *et al.* *La salud esta grave...*, cit., p. 197.

mercado internacional, generando fuertes problemas económicos y políticos³⁴⁸. Durante los años 1980 se introdujeron reformas tendientes a la liberación económica y la reducción de la intervención del Estado en el campo social. De modo específico, en el ámbito del derecho humano a la salud se implantan dispositivos de competencia entre actores privados, con el objeto de ampliar la cobertura, pues en principio, el Estado de bienestar no fue capaz de garantizar este derecho a todos, tan solo a trabajadores públicos y a aquellos trabajadores del sector formal privado³⁴⁹.

Como consecuencia de lo anterior, se instaura en los Estados latinoamericanos un modelo económico neoliberal, influenciado por las recomendaciones del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Por lo cual, para el cumplimiento de los deberes del Estado

...la solución está en buscar la eficacia del sistema mediante privatizaciones de empresas públicas, focalización de la asistencia a pobres, apertura del mercado (incluyendo la salud como bien del mercado), descentralización de lo administrativo en los entes territoriales e incorporación de elementos de gerencia en las instancias públicas que sobrevivan, entre ellas los hospitales³⁵⁰.

348 *Ibíd.*, pp. 210 y 211.

349 CARLOS SOTO IGUARÁN, "Los tiempos del Estado de bienestar en América Latina: ¿hacia la universalidad?", *Revista Zero*, vol. 28, enero-junio de 2012, pp. 35 a 36, disponible en [<http://www.you-blisher.com/p/1244290-Revista-Zero-Edicion-28/>].

350 DE CURREA LUGO. "La salud: de la caridad al negocio...", *cit.*, p. 215.

Es en este nuevo mercado, caracterizado por una siempre alta y constante demanda, porque desafortunadamente nuestros cuerpos no están exentos del deterioro y de la enfermedad, es donde los oferentes del servicio de salud encuentran un negocio rentable.

Son ahora los principios de gerencia presupuestal y financiera los que van a regir los servicios de salud desarrollados en el marco de un sistema de salud, porque en términos empíricos, resulta difícil hablar con propiedad de un derecho humano a la salud. Esta película es un ejemplo de esta realidad, sobre todo cuando en el transcurso de la historia se nos presentan a algunos accionistas y miembros de la junta directiva, quienes obviamente esperan obtener ganancias a partir de la negación de tratamientos médicos. De hecho, el desarrollo de las situaciones llevan a SONIA a secuestrar al presidente de la junta directiva, quien –como una forma de garantizar su bienestar– decide entregar a SONIA documentos confidenciales de la compañía que reflejan una política consistente en la entrega de incentivos al personal que niegue solicitudes de servicios de salud.

V. VIOLENCIA Y NECESIDAD DE UNA SOLUCIÓN

Las reacciones violentas de los usuarios del servicio de salud, constituyen las manifestaciones de sistemas de salud al borde del colapso. Ahora bien, el objetivo del presente trabajo no es presentar soluciones a los problemas generales de los sistemas de salud, tema que amerita un estudio largo y exhaustivo imposible de abordar en las siguientes páginas, sino más bien

mostrar cómo es necesario regresar a las ideas de respeto y garantía del derecho humano a la salud y abandonar la idea de servicio de salud que remite a la obtención de ganancias dentro de un mercado. Lo anterior, como el primer paso para aproximarse a la construcción de soluciones efectivas.

En uno de sus textos, RABINOVICH BERKMAN dice “La muerte parece actuar como el motor de nuestra existencia”³⁵¹. Es posible que la mayoría de los seres humanos no pensemos con frecuencia en la muerte, pero esto no significa una situación que ignoremos. De manera inconsciente ejecutamos acciones que van orientadas a la realización de nuestro bienestar, es decir, de una existencia digna por lo general asociada a una etapa de vejez. Sin embargo, estas acciones se intensifican cuando la conciencia de finitud ya no se nos presenta inconscientemente sino que la vemos presente en nosotros mismos o en personas cercanas.

Aunque la película presenta una historia que en principio aparenta ser un poco extrema dentro del contexto latinoamericano, la verdad es que no es una realidad lejana. Mostrar la historia de una mujer común, SONIA, de aspecto frágil, que decide apoderarse de un arma, secuestrar a algunos de los miembros de la junta directiva de la empresa que le niega el tratamiento médico a su esposo, extorsionar al presidente de la junta directiva y hasta involucrar a su hijo DARÍO en toda esta situación convirtiéndolo en cómplice, remite más bien a películas de acción y drama nor-

351 RICARDO RABINOVICH BERKMAN. “Persona y ‘derechos existenciales’, p. 5. (Documento suministrado por su autor).

teamericanas como *John Q* (2002) protagonizada por DENZEL WASHINGTON y dirigida por NICK CASSAVETES, que plantea una trama similar.

Sin embargo, ante los problemas de algunos sistemas de salud y ante la demora de acciones jurídicas para hacer efectivo el derecho humano a la salud, los usuarios se han visto obligados a tomar vías de hecho, que terminan en actos de violencia. Así por ejemplo, de acuerdo a un estudio realizado por la Asociación Colombiana de Clínicas y Hospitales sobre 56 clínicas y hospitales del país, 15 de cada 100 empleados son víctimas de agresión, el 98% es violencia verbal, el 27% es violencia física y el 1.6% es violencia sexual³⁵². Por lo general, en Colombia es común encontrarse en los medios de comunicación historias de familiares que lesionan a los médicos y enfermeras o que causan daños en bienes públicos y privados ante la demora en la atención, afectando la relación médico paciente. Es por esta razón que puede pensarse que la historia plasmada en la película no está tan lejana de la realidad.

Así las cosas, teniendo en cuenta

... que algunos Sistemas de Salud en América Latina se han caracterizado por ser altamente jerárquicos, burocratizados y medicalizados, los cuales exacerbaban la práctica de la medicina curativa costosa, de limitados resultados e iatrogénica³⁵³.

352 SERGIO SILVA LUMA. “¿Por qué agredimos a los médicos?”, en *El Espectador*, consultado el 10 de septiembre de 2016, disponible en [<http://www.elespectador.com/noticias/salud/agredimos-los-medicos-articulo-610915>].

353 JORGE ERNESTO PÉREZ LUGO. “La necesaria reforma de los sistemas de salud en América Latina”, *Revista Gaceta Laboral*, vol.

Como consecuencia de los cambios económicos, políticos y sociales iniciados en los años 1980, es necesario un metamorfosis en las políticas de los Gobiernos latinoamericanos. El discurso un tanto demagógico de respeto a los derechos humanos –en especial al derecho humano a la salud– no puede seguir siendo utilizado para defender la existencia de sistemas de salud en los que, en la práctica, la salud no es un derecho sino un servicio cuya prestación depende de la viabilidad presupuestal y financiera de las entidades. Por lo cual, es necesario que el Estado entre a intervenir en aras de garantizar el derecho a la salud, colocándolo por encima de los intereses económicos de las entidades privadas y de sus accionistas.

Esta misma perspectiva fue defendida en los Principios de Limburgo de 1986 sobre la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966³⁵⁴. Estos principios reconocen que por lo general, los problemas relacionados con los recursos son con frecuencia invocados para argumentar las carencias en la eficacia del derecho humano a la salud, sin embargo, los estados que suscribieron el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen la obligación de garantizarlos con independencia del desarrollo económico. Puntualmente sobre la dispo-

13, n.º 1, enero de 2007, Maracaibo, pp. 48 y 49, disponible en [<http://produccioncientificaluz.org/index.php/gaceta/article/view/3586/3584>].

354 El documento está disponible en [<http://www.cc.gob.gt/ddhh2/docs/Instrumentos/Internacional/Limburgo.pdf>].

nibilidad de recursos, estipulan los principios 23, 25 y 26 que

23. La obligación del logro progresivo existe independiente de cualquier aumento de recursos; requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga [...] 25. Los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas. 26. “Los recursos de que disponga” se refieren a los recursos con que cuenta un Estado así como también los recursos provenientes de la comunidad internacional mediante la cooperación y asistencia internacionales³⁵⁵.

De modo análogo, las Directrices de Maastricht de 1997 sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵⁶ son una ampliación de lo establecido por los principios de Limburgo. Respecto a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, señalan que

10. En muchos casos, la mayoría de los Estados pueden cumplir dichas obligaciones sin mayores dificultades y sin que esto tenga implicaciones significativas en cuanto a los recursos. En otros casos, sin embargo, la plena realización de los derechos puede depender de la disponibilidad de

355 NACIONES UNIDAS. “Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos”, Serie de Capacitación Profesional, n.º 12, Nueva York y Ginebra, 2004, p. 133, disponible en [<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>].

356 Maastricht, 22-26 de enero de 1997, disponible en [http://ip.aaas.org/escrdocs_sp.nsf/287fccf1bc425ff4852567590054d44b/77e0aa4feb3691a18525691c0068932a?OpenDocument].

los recursos financieros y materiales adecuados [...] la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.

En este punto es importante reconocer que para la efectividad del derecho humano a la salud es necesaria la disponibilidad de recursos, sin embargo, éstos no pueden convertirse en un obstáculo para su efectividad, como lo instaura la doctrina internacional establecida en los Principios de Limburgo y en las Directrices de Maastricht. Es decir, los Estados no pueden permitir que los particulares se apropien de la prestación del derecho a la salud, pues cuando esto sucede, el derecho humano a la salud se transforma, es decir ya no responde a los principios de universalidad, progresividad, integralidad, indivisibilidad, temporalidad, irreversibilidad, transnacionalidad e intransferibilidad, sino que más bien responde a los intereses de los particulares que buscan salvaguardar sus inversiones. Si esto sigue sucediendo, aumentarán los niveles de violencia e intolerancia que repercutirán en forma negativa en el bienestar de la sociedad.

VI. COMENTARIO FINAL

Si se tiene en cuenta que los seres humanos son los únicos que pueden autoconstruirse, los derechos humanos se convierten en las garantías fundamentales que los Estados y los particulares deben respetar y garantizar para que el ser humano pueda lograr su autoconstrucción. La existencia de sistemas de salud que en la práctica priorizan la rentabilidad del siste-

ma sobre el derecho humano a la salud de las personas tiene efectos desastrosos en la sociedad. En primer lugar, afecta de manera negativa la posibilidad de autoconstrucción de los pacientes, también degenera el discurso de los derechos humanos, pues en la realidad se observa la superposición de la salud como un servicio antes que como un derecho humano, además deteriora la relación médico-paciente colocándose la ética médica en duda y por último, propicia situaciones de violencia dirigida contra funcionarios y entidades favoreciendo un contexto de violación de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, OFICINA EN COLOMBIA. “Las obligaciones del Estado y de los particulares frente a los derechos humanos”, Manizales, 8 de mayo de 2006, disponible en: [<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0680.pdf>].

BEUCHOT, MAURICIO. *Filosofía y derechos humanos*, 2.^a ed., México D. F., Siglo XXI, 2004.

DE CURREA LUGO, VÍCTOR *et al.* *La salud esta grave. Una visión desde los derechos humanos*, Bogotá, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2000.

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y CARLOS MARÍA PELAYO MOLLER. “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios constitucionales*, vol. 10, n.º. 2, Talca, 2012, disponible en [<https://drive.google.com/file/d/0B44l5pHYhRzaZnM5M0dDVkl2VTA/view>].

HUERTAS DÍAZ, OMAR *et al.* *El derecho a la vida en la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, Ibañez, 2007.

NACIONES UNIDAS. “Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos”, Serie de Capacitación Profesional, n.º 12, Nueva York y Ginebra, 2004, disponible en [<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “Constitución de la organización mundial de la salud”, consultado el 8 de septiembre de 2016, disponible en [<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf?ua=1>].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “¿Qué es un sistema de salud?”, consultado el 8 de septiembre de 2016, disponible en [<http://www.who.int/features/qa/28/es/>].

PÉREZ LUGO, JORGE ERNESTO. “La necesaria reforma de los sistemas de salud en América Latina”, *Revista Gaceta Laboral*, vol. 13, n.º 1, enero de 2007, Maracaibo, disponible en [<http://produccioncientificaluz.org/index.php/gaceta/article/view/3586/3584>].

RABINOVICH BERKMAN, RICARDO. *Derechos humanos: introducción a su naturaleza e historia*, Buenos Aires, Quorum, 2007.

RABINOVICH BERKMAN, RICARDO. *Derecho civil, Parte General*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2011.

SILVA LUMA, SERGIO. “¿Por qué agredimos a los médicos?”, en *El Tiempo*, consultado el 10 de septiembre de 2016, disponible en [<http://www.elespectador.com/noticias/salud/agredimos-los-medicos-articulo-610915>].

SOTO IGUARAN, CARLOS. “Los tiempos del Estado de bienestar en América Latina: ¿hacia la universalidad?”, *Revista Zero*, vol. 28, enero-junio de 2012, disponible en [<http://www.youblisher.com/p/1244290-Revista-Zero-Edicion-28/>].



EL AUTOR

DIEGO ALEJANDRO GONZALEZ GONZALEZ. Abogado de la Universidad Católica de Colombia (2003), Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la misma casa de estudios, Magíster en Gobernabilidad y Democracia de la Universidad Santo Tomás, Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y elaborando su tesis para optar al título de Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires; con diplomados en: Gerencia Pública; Técnica Legislativa y Asesoría Jurídica, ambos en la ESAP, Derecho Comunitario en el Parlamento Andino, Docencia Universitaria del Derecho en la Universidad Libre.

Secretario General de la Comisión Segunda de Relaciones Exteriores, Defensa y Seguridad Nacional y Comercio Exterior del Senado de la República, Secretario Técnico de la Comisión Interparlamentaria de la Alianza del Pacífico integrada por cuatro países (Colombia, Chile, México y Perú). Miembro Senior, de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en octubre de 2017

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 pts.

Bogotá, Colombia